

LaNotaria

Número 2 | 2010

Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya

Fundada el 1858

La desjudicialització, una perspectiva global i de futur

**Important document
de consens a Catalunya**

Editorial i article de Francisco Ramos Méndez

El Llibre II del Codi Civil de Catalunya, la modernització del Dret de Família

Article de Antoni Vaquer Aloy

Legislador i Administració

Per Miquel Roca i Junyent

TRIBUNA

**Francisco Fernández-Prida
Adolfo Calatayud Sierra**

**José Javier Cuevas Castaño
Daniel Iborra Fort**

PRÀCTICA

**Aproximació urgent a la Llei reguladora
de l'Impost sobre Successions
i Donacions a Catalunya**

laleydigital procesalcivil.es

NUEVO



exactamente lo que necesita
en materia **procesal civil**

Ahora nuestra obra más vendida en papel, «Proceso Civil Práctico», también se encuentra disponible en formato online

*Con todas las innovadoras funcionalidades de **laleydigital.es***

laleydigitalprocesalcivil.es es una nueva guía temática que desarrolla completa y minuciosamente la LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL con comentarios a cada artículo, en los que se da respuesta a dudas o interpretaciones, a lagunas jurídicas y en la que los prestigiosos autores que abordan su contenido aportan toda su experiencia y conocimiento en la materia.

Dirección: VICENTE GIMENO SENDRA

Coordinadores: JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO, TOMÁS LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, MANUEL ORTELLS RAMOS, ERNESTO PEDRAZ PENALVA Y F. RUIZ MARCO



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

Un paso por delante

laleydigital.es

exactamente lo que necesita.

Más información en nuestro Servicio de Atención al Cliente: 902 250 500 tel • clientes@laley.es

Director:

Àngel Serrano de Nicolás

Sotsdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consell de redacció:

José Javier Cuevas Castaño (*Vida corporativa*), Víctor Esquirol Jiménez (*Jurisprudència/Resolucions*), Elisabeth García Cueto (*Internacional*), Antonio Ángel Longo Martínez (*Pràctica*), Patricia Olivencia Cerezo (*Jurisprudència*)

Consell editorial:

Esther Arroyo Amayuelas (*U. de Barcelona*), Luis Humberto Clavería Gosálbez (*U. de Sevilla*), Andrés Domínguez Luelmo (*U. de Valladolid*), Joan Egea Fernández (*U. Pompeu Fabra*), Ignacio Farrando Miguel (*U. Pompeu Fabra*), Jacinto Gil Rodríguez (*U. del País Vasco*), José Luis Linares Pineda (*U. de Girona*), Sergio Llebaría Samper (*Esade-URL*), Juan José Marín López (*U. Castilla-La Mancha*), José María Miquel González (*U. Autònoma de Madrid*), Susana Navas Navarro (*U. Autònoma de Barcelona*), Pablo Salvador Codérch (*U. Pompeu Fabra*), Antoni Vaquer Aloy (*U. de Lleida*), Rafael Verdera Server (*U. de Valencia*), Francisco Vicent Chulià (*U. de Valencia*), Roberto Follía Camps (*Notario - RALJC*), José Antonio García Vila (*Notario*), Ildefonso Sánchez Prat (*Notario*), Josep M^a Valls Xufré (*Notario*), M^a Angels Vallvé Ribera (*Notario*)

Coordinació:

Sandra Purroy Corbella

Diseny i producció: LA LEY

ISSN: En tràmit

D.L.: B1-2450-2010

Tots els drets reservats

Les opinions expressades pels nostres col·laboradors en aquestes pàgines són de la seva exclusiva responsabilitat i no coincideixen necessàriament amb la línia editorial de **LA NOTARIA**

© 2010 Il·lustre Col·legi de Notaris de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edició online disponible www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

La necessitat de la desjudicialització

La necessitat de la desjudicialització, de què la futura Llei de Jurisdicció Voluntària n'és la major expressió, és cada vegada més urgent, no només per complir els manaments legals, sinó perquè implica també una disminució de les càrregues dels òrgans jurisdiccionals, la qual cosa comporta necessàriament la possibilitat d'una major dedicació a l'activitat veritablement jurisdiccional. De la mateixa forma, es facilita al ciutadà la possibilitat d'obtenir amb més rapidesa resposta a problemes i necessitats en què ni el principi de tutela judicial efectiva es veu conculcat, ni hi ha pròpiament actuació jurisdiccional.

El text que es publica en aquest número, fruit de la Comissió creada a aquest efecte per la Generalitat de Catalunya, ofereix, juntament a la unanimitat en la seva aprovació per part de tots els implicats en la possible desjudicialització, la fixació d'unes bases i categorització de les matèries que es podrien desjudicialitzar, que va molt més enllà del que s'havia considerat fins avui com a propi d'una possible futura Llei de Jurisdicció Voluntària, independentment que aquest sigui el nom que rebi finalment, sense perjudici que les qüestions que tracta no són pròpiament jurisdiccionals.

La desjudicialització no només requerirà l'aprovació de la nova Llei, sinó l'alteració d'algunes altres, en qüestions competencials i de procediment, en què, per descomptat, no es tracta d'oferir al ciutadà un ventall d'opcions, sinó de delimitar clarament les competències de cadascun dels cossos i operadors jurídics afectats, per a la qual cosa caldrà tenir particularment present el que la seva pròpia funció i praxis d'actuació ha estat definint, i que, d'altra banda, així ho perceben el ciutadà i la resta d'operadors jurídics i queda clarament assenyalat al document que ara es publica.

Com he indicat, es tracta d'un document de desjudicialització, per tant més ampli que unes bases —encara que també ho siguin— per a una futura Llei de Jurisdicció Voluntària. Diverses de les propostes que inclou ja s'han reconegut, i, algunes de les més aparentment noves, ja sigui el divorci consensual o el pacte comissori, degudament matisats, ja s'han regulat al dret comparat que ens és més proper, culturalment i geogràficament.

Seguim esperant, però el ciutadà —veritable destinatari de la proposta i de la futura llei— i el sistema democràtic, en una democràcia avançada com la nostra, demanen urgentment solucions, sobretot quan hi ha unanimitat en el més essencial, i quan la nostra Justícia s'està reformant tan decididament.

Àngel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en dret
Notari de Barcelona



Editorial

- La necessitat de la desjudicialització. Per *Ángel Serrano de Nicolás* 3



Tribuna

- Legislador i Administració. Per *Miquel Roca i Junyent* 5
- Aposta decidida per la democràcia. Per *Francisco Fernández-Prida* 7
- La prevenció del blanqueig de capitals. Per *Adolfo Calatayud Sierra* 9
- Descansi en pau (a propòsit del 150 aniversari de la Llei del Notariat). Per *José Javier Cuevas Castaño* 12
- Marc legal empresarial i desocupació. Per *Daniel Iborra Fort* 15
- Diari notarial d'un temps convuls (2009-2010). Per *Joan Carles Ollé Favaró* 17



Doctrina

- Pòrtic (sobre el Llibre II del Codi civil de Catalunya) Per *Antoni Vaquer Aloy* 22
- Desjudicialitzar: el repte d'una societat civil madura i democràtica. Per *Francisco Ramos Méndez* 27
- Document de la Comissió de treball d'assessorament sobre desjudicialització en l'àmbit civil: «Límits a la solució judicial dels conflictes en l'àmbit civil i propostes de descongestió» 30



Pràctica

- Aproximació urgent a la Llei 19/2010, de 7 de juny, de Regulació de l'Impost sobre Successions i Donacions a Catalunya. Per *Jaime Agustín Justribó* 53



Internacional

- Conclusions del Congrés de la Unió Internacional del Notariat sobre el blanqueig de capitals. Ressenyes de dret comparat. Per *Elisabeth García Cueto* 70



Sentències

- L'acta de notificació en la subrogació hipotecària activa i altres qüestions de la jurisprudència recent i doctrina registral. Per *Antonio Ángel Longo Martínez* 74
- Ressenya de les principals sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. Per *Víctor Esquirol* 82



Resolucions

- Ressenya de les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat i de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat. Per *Fernando Agustín Bonaga* i per *Víctor Esquirol* 86



Vida corporativa

- Notícies corporatives i del món del dret 100

Legislador i Administració



MIQUEL ROCA I JUNYENT

Llicenciat en Dret per la Universitat de Barcelona. Soci President de Roca Junyent Advocats. Professor de Dret Constitucional a la Universitat Pompeu Fabra. Doctor Honoris Causa per la Universitat d'Educació a Distància i per la Universitat de Lleó. Membre de diverses comissions d'experts creades en l'àmbit del dret administratiu, internacional i mercantil, actualment forma part del Consell per al debat sobre el futur de la Unió Europea. Ha estat condecorat amb la Gran Creu d'Isabel la Catòlica, la Medalla d'Or de la Ciutat de Barcelona, la Medalla d'Or de l'Ajuntament de Madrid i la Creu de Sant Jordi de la Generalitat de Catalunya, entre d'altres.

En un excel·lent article de l'últim exemplar d'aquesta revista, Joan Josep López Burniol parla de "Progrés, seguretat i mercat", destacant el valor de la seguretat jurídica com a característica fonamental d'un Estat de Dret en un món globalitzat. Han estat precisament les seves paraules les que m'han suggerit, en un exercici de certa continuïtat, **reflexionar sobre alguns elements que, directament o indirectament, perjudiquen aquell valor fonamental de la seguretat jurídica.** Aquest és un concepte ample que, de fet, es projecta en molts àmbits i actuacions i que en cadascun d'aquests pot afectar al ciutadà perjudicant els seus drets i les seves garanties.

En l'actualitat, tota la Unió Europea, però molt singularment Espanya, està patint **una nova forma d'inseguretat jurídica: la invasió administrativa del camp constitucionalment reservat al legislador.** Efectivament, avui no legislen només les Corts Generals, sinó que comparteixen aquesta

funció d'una manera totalment impròpia molts òrgans administratius, reguladors, supervisors i controladors de l'activitat dels particulars que, en el suposat emparament d'una norma legislativa, defineixen en la pràctica condicions, requisits i exigències que desborden amplament la norma que pretesament pretenen desplegar.

En l'actualitat, tota la Unió Europea, però molt singularment Espanya, està patint una nova forma d'inseguretat jurídica: la invasió administrativa del camp constitucionalment reservat al legislador

Aquestes actuacions sovintegen i agafen la forma de Decrets, Ordres i Circulars i a vegades pura i simplement el de Reso-

lucions individualitzades que generen una Doctrina que després justifica una aplicació més generalitzada. Aquesta situació és en la realitat de la nostra societat tan freqüent que arriba fins i tot a caracteritzar la funció d'aquests òrgans i entitats administratives.

El legislador s'està veient substituït per aquest tipus d'actuacions d'òrgans que ell ha creat. El fill s'oblida del pare que li ha donat la vida, s'indisciplina i fa la seva via al marge de la norma que el va crear. Se sent superior al legislador; per raó de la seva especialitat creu que en sap més, i es legitima a sí mateix per interpretar la norma jurídica com ell creu convenient en les funcions que s'atribueix a sí mateix, sempre conduïdes des de la prepotent afirmació de que és l'autèntic garant del sector que simplement se li ha encomanat supervisar. La relació clàssica del principi de la jerarquia normativa comença a formar part de l'arqueologia jurídica; ha estat plenament superada per una inversió normativa que



tendeix a fer de la norma administrativa de desplegament legislatiu la peça fonamental de l'edifici jurídic a la que supedita la pròpia interpretació de la Llei.

És tan freqüent i tan reiterada aquesta pràctica que més valdria dedicar-se a veure en quina manera es pot reconduir que no debatre acadèmicament sobre la certesa d'aquesta afirmació. Els Notaris, els Registradors, els Advocats, coneixen, viuen i pateixen d'aquesta forma subtil i contemporània d'inseguretat jurídica. Coneixen que una simple Circular o una interpretació agosarada administrativament tindrà més força que la seva qualificació de legalitat o de juridicitat. I aquesta pràctica, en la mesura que penetra subtilment en el teixit de les relacions econòmico-socials, afebleix el principi de legalitat en benefici d'una discrecional interpretació administrativa que tendeix a substituir la Llei per l'acte administratiu.

Dos grans instruments es posen al servei d'aquesta subtil perversió jurídica: per un costat, la força del regulador sectorial és de tal naturalesa que aconsella als operadors que hi estan subjectes a l'acceptació de la discrecionalitat per tal d'evitar una confrontació sistemàtica amb l'òrgan administratiu. Els perjudicis de la "resistència" poden ser molt més greus que els de l'acceptació submissa i complaent de la discrecionalitat. Ja no es tan important el pes de la norma legal com la necessitat de "viure", encara que sigui en el marc de la discrecionalitat. Els operadors s'adapten i conformen a aquest nou marc, amb l'esperança i el convenciment de que amb aquest condicionament podran desplegar la seva activitat de forma estable i continuada. Pot tenir costos, però possiblement en el balanç siguin menors que els de reclamar l'aplicació de la norma legal.

Una segona eina per la que avança igualment aquesta subtil submissió de la Llei a la norma administrativa; és la d'una Justícia lenta, lentíssima. Reclamar l'emparament de la Llei pot comportar una llarga dilació en el reconeixement del dret lesionat. I aquesta lentitud pot perjudicar el negoci, l'empresa, l'operació, la viabilitat econòmica d'un assumpte. L'òrgan administratiu se sap fort, doncs el temps juga a favor d'ell en una situació en la que el temps és or; en l'economia contemporània, la lentitud és un obstacle molt sovint insalvable.

I encara perjudica més aquesta situació el fet de que els Tribunals, amb un criteri de prudència que era lògic fa un temps, tinguin una certa tendència "confirmatòria" de les accions de l'Administració a la que en principi s'hi ha d'atribuir un lògic paper de defensor de l'interès general. Enfront d'aquesta presumpció, el particular apareix normalment com defensor d'un interès singular, egoista, i molt individual, que conviu malament en un debat de substància sobre l'exigència de que la norma administrativa sigui el resultat d'un correcte desplegament del principi legal.

Avui, el problema de les societats desenvolupades del nostre entorn europeu i occidental no està en definir les bases de l'Estat de Dret sinó en respectar-les posteriorment

Caldrà reaccionar si volem que aquesta progressiva introducció d'una interpretació afeblidora de la funció legislativa reservada a les Corts Generals no segueixi progressant. Seria molt peri-

llós; de fet ja ho és ara en les manifestacions que se'n deriven, però pot arribar-ho a ser molt més. Les Cambres Legislatives han d'entendre el greu perjudici a que la seva competència constitucional representa la pràctica que es denuncia. I correspon als professionals del Dret fer-ho veure, denunciar-ho i lluitar contra aquesta situació, en la mesura en que és contrària a un Estat de Dret i que, com a conseqüència, perjudica greument un desplegament estable, segur i previsible de l'economia del país.

L'Estat de Dret és el resultat de molts equilibris entre els diversos poders de l'Estat i d'un respecte molt escrupolós de les seves respectives funcions. El ciutadà és molt vulnerable enfront de l'Estat i, quan aquest no respecta els límits de la seva intervenció, el ciutadà i la seva activitat se'n ressenteix de manera molt evident. Avui, el problema de les societats desenvolupades del nostre entorn europeu i occidental no està en definir les bases de l'Estat de Dret sinó en respectar-les posteriorment. Fer una Constitució democràtica és relativament senzill; respectar-la és molt més difícil. I normalment, aquesta manca de respecte té molta més transcendència quan es dona per part de les Institucions i de l'Administració. El ciutadà pot infringir la norma jurídica, però els mecanismes de l'Estat per corregir aquesta situació són molt potents. Pel contrari, **quan són les pròpies Institucions de l'Estat o l'Administració les que s'obliden de les seves obligacions constitucionals, la lesió és molt més transcendent** i perjudica molt greument el progrés del país. És per això que cal prendre'ns aquest tema molt seriosament i amb tota la urgència que la seva gravetat justifica.

Aposta decidida per la democràcia



FRANCISCO FERNÁNDEZ-PRIDA

Notari de Valladolid. Degà del Col·legi de Notaris de Castella-Lleó. Llicenciat en Dret per la Universitat de Valladolid. Vicepresident de l'Acadèmia de Legislació i Jurisprudència de Valladolid. Professor de Dret Romà i Civil a la Universitat a distància de Girona.

Si partim de la base que el règim democràtic és el menys dolent de tots els règims possibles d'organització política, resulta evident que aquesta afirmació és encara més aplicable en l'àmbit dels col·legis professionals i altres entitats o corporacions de dret públic que es configuren per sobre d'aquests. És més, en totes aquestes entitats, no només per manament constitucional, sinó per la seva pròpia essència, el règim democràtic seria l'únic possible.

El criteri que ha de presidir-ne la regulació és el que **com més participin tots i cadascun dels seus membres en la formació de la voluntat col·lectiva, més democràtica serà la forma de governar-se i**, per tant, més en consonància amb la Constitució.

Si ens cenyim al camp notarial, se'ns va dir que, amb la reforma del Reglament Notarial duta a terme pel Reial Decret 45/2007, de 19 de gener, es pretenia, entre altres coses: consolidar el principi de legalitat en l'àmbit de l'actuació notarial i, com no podia ser d'altra manera, «democratitzar

les estructures notariales». Ara bé, passat un temps prudencial des de l'entrada en vigor de la citada reforma i a la vista dels fets esdevinguts a l'empara d'aquesta, cal preguntar-se si s'ha assolit o no la realització dels objectius pretesos.

Entenc que la resposta ha de ser negativa.

Pel que fa a la reafirmació del principi de legalitat, millor n'hi parlar-ne, ja que, com diu el nostre poeta castellà quan es refereix als mals i les glòries dels romans, tots saben quins van ser. Un desastre. I pel que fa al segon dels esmentats objectius, la democratització dels seus òrgans de govern, crec que **la reforma del Reglament Notarial no només no ha aconseguit que les estructures notariales siguin «més democràtiques», sinó que, al meu entendre, s'ha donat un clar pas cap enrere.**

Entenc que una de les causes que ha motivat la no-consecució de la democratització de les estructures notariales es troba a

la pròpia gestació de la reforma del Reglament Notarial, ja que, durant la seva complexa tramitació, bona part dels membres que exercien càrrecs en, l'aleshores, «Junta de Degans» van considerar que calia aprofitar, per a bé del notariat, per descomptat, l'ocasió que el Ministeri de Justícia veia amb bons ulls les seves propostes. I, en conseqüència, es van llançar com a bojós a aconseguir-ho: evitant i eludint, intencionadament, qualsevol contrast previ d'opinions, qualsevol recerca de consens, amb els ulls posats a impedir que qualsevol endarreriment pogués malmetre la reforma pretesa, assumint el risc de dur-la a terme sense la mesura i la moderació que la importància de la matèria exigia.

En consonància amb això, crec recordar que el «projecte de reforma», que s'havia mantingut en el més gran dels secrets, es va donar a conèixer a les juntes directives dels diferents col·legis notariales d'Espanya a mitjan de la setmana anterior a la Setmana Santa de l'any 2006. I tenint en compte

que aquestes juntes directives, al seu torn, ho van posar en coneixement dels seus respectius col·legiats uns dies després, i que a aquests només se'ls va concedir uns vuit dies per poder fer les al·legacions pertinents, tractant-se, a més, d'unes dates —la qual cosa a molts els va fer pensar, no sense prou fonament, que no era fruit de la casualitat— en què ja molts notaris tenien programades les vacances i, per tant, els era impossible dedicar el temps necessari a estudiar-lo.

Un nombre significatiu de notaris va manifestar que la modificació pretesa, con a mínim en la part que feia referència a l'organització del notariat, no era encertada, per la qual cosa es va proposar que es concedís un termini més ampli per formular les esmenes oportunes

Tanmateix, un nombre molt significatiu de notaris va manifestar l'opinió que la modificació pretesa, con a mínim en la part que feia referència a l'organització del notariat, no era encertada, per la qual cosa es va proposar que es concedís un termini més ampli per formular les esmenes oportunes, proposició que no va ser acceptada.

El Reglament Notarial ha organitzat un Consell General del Notariat dotat d'amplíssims poders, l'exercici del qual, com a mínim en teoria, pot estar en mans d'una minoria, com després veurem, que imposi la seva voluntat a la majoria, i que, a més, té un cost econòmic que, amb caràcter general, i especialment en aquests moments de crisi, és impossible de mantenir.

Sigui per la causa que sigui, la democratització pretesa no s'ha assolit, i mantinc aquest criteri sobre la base dels següents exemples:

Amb la nova regulació és possible que es pugui donar, com a mínim en l'àmbit tècnic, el següent supòsit:

- **Que si es posen d'acord els degans dels nou col·legis notariais d'Espanya amb menys notaries demarcades dins del seu territori, i que amb prou feines arriben a assolir un terç del total dels notaris, puguin imposar la seva voluntat a la resta dels degans,** que representarien més de dos terços dels notaris. El mer fet que aquest hipotètic supòsit pugui arribar a donar-se fa palesa la necessitat d'evitar aquesta possibilitat.
- I, atès als poders que la nova regulació concedeix al Consell General del Notariat i, dins d'aquest, a la seva Comissió Permanent, **pot passar,** com de fet passa al meu Col·legi (el de Castella-Lleó), **que més d'un vuitanta per cent del pressupost d'un Col·legi de Notaris estigui condicionat i determinat, no per la voluntat dels col·legiats mateixos que l'integren, sinó per les decisions i disposicions que, directament o indirectament, procedeixen del Consell i que són vinculants per als col·legis. I aquestes decisions, com hem pogut comprovar, poden procedir, en alguns supòsits, d'una minoria.**

Per tot el que s'ha exposat fins aquí, i per moltes altres raons que no cal esmentar per raons d'espai, **entenc que cal tornar**

a reformar profundament la regulació de l'organització del notariat. I que aquesta reforma hauria de tenir com a pilars fonamentals, els següents:

- **Intervenció directa de tots els notaris d'Espanya en l'elecció dels membres que integren la Comissió Permanent** del Consell General del Notariat. Un fet que avui en dia, amb les noves tècniques electròniques, es pot dur a terme d'una manera ràpida, senzilla i barata.
- **Limitació de la durada dels càrrecs;** els nomenaments s'haurien d'efectuar per un període màxim de quatre anys, amb la possibilitat de reelecció només per un període més.
- **El caràcter gratuït de tots els càrrecs.** Caràcter gratuït que no ha d'impedir, perquè no seria just, que les despeses, danys i perjudicis ocasionats en l'exercici del càrrec es compensessin de manera justa. El fet de formar part del Consell és un honor, no una font d'ingressos.

Una de les causes que ha motivat la no-consecució de la democratització de les estructures notariais es troba a la pròpia gestació de la reforma del Reglament Notarial

Per tot això, desitjo que tots ens posem a treballar, buscant el major consens possible, i aconseguim, d'una vegada per totes, que les nostres estructures siguin el més democràtiques possible, al menor cost possible.

La prevenció del blanqueig de capitals



ADOLFO CALATAYUD SIERRA

Notari de Saragossa. Ex Degà del Col·legi de Notaris d'Aragó. Llicenciat en Dret per la Universitat de Saragossa. Membre de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació d'Aragó.

L'entrada en vigor de la Llei 10/2010, de prevenció del blanqueig de capitals i del finançament del terrorisme ha suposat un impacte en l'actuació dels anomenats "subjectes obligats" per la citada normativa, inclosos, els professionals del dret i, sobretot, els notaris, que encara estem intentat encaixar, sense saber molt bé com. **La lectura de la llei ens genera als juristes moltes incerteses i dubtes sobre el seu abast i conseqüències**, per a les quals, almenys de moment, no sembla haver respostes segures. Amb aquestes línies només vull realitzar unes reflexions personals sobre l'abast que pot tenir l'esmentada llei en general i en la funció notarial en particular.

Vull deixar clar, des de l'inici, que és obvi que tots els ciutadans estem obligats a col·laborar amb els poders públics en la lluita contra la delinqüència organitzada. Ara bé, no es pot discutir que aquesta lluita no justifica l'adopció de qualsevol tipus de mesura, fins i tot

que atemptin contra els drets individuals bàsics. Els sistemes democràtics de dret tenen com una de les seves bases principals l'establiment d'un equilibri entre els instruments per a la lluita contra la delinqüència i el respecte dels drets individuals fonamentals, que només han de decaure quan, en el cas concret, hi hagi elements suficients per presumir l'existència d'un delictes i, fins i tot en aquest cas, amb totes les garanties legals i processals. A aquest fet responen principis tan bàsics com ara la presumpció d'innocència, la interdicció de l'arbitrarietat, el dret a la intimitat personal o la seguretat jurídica i, és per això que les proves que s'obtenen en contravenció dels principis fonamentals manquen de validesa. Doncs bé, la lectura de l'expressada llei fa dubtar de si aquest equilibri s'ha vist, almenys en part, trastocat, si d'alguna manera no es crea un estat general de sospita, que converteix a tots els ciutadans que porten a terme actes amb qualsevol subjecte obli-

gat en sospitosos de realitzar activitats delictives.

En concret, la pregunta que podem fer-nos és si està prou justificat que, amb caràcter general, pel sol fet de realitzar un acte perfectament legal, qualsevol ciutadà hagi de ser sotmès, per part dels subjectes obligats, a una sèrie de mesures d'investigació de la seva activitat, de la finalitat que persegueix o de l'origen del seu patrimoni. Si resulta raonable que, per poder detectar alguna actuació que encobreixi blanqueig de capitals, tots els ciutadans hagin de patir aquest escrutini.

Des d'un altre aspecte de la qüestió, també **cal plantejar-se si està justificat que aquesta funció d'investigació**, que, diguin el que vulguin, interpretada amb rigor té un fort component policial, **s'atribueixi a determinats ciutadans particulars, que ni tenen aquesta funció ni disposen dels mitjans per fer-ho**. És a dir, si és irremeiable implantar una

societat en què s'imposi a uns ciutadans que investiguin els altres. No cal dir que això no només no millora, sinó tot el contrari, pel fet que es prevegi que els subjectes privats puguin delegar en tercers, també privats, aquesta tasca d'investigació o que es reguli el possible intercanvi d'informació sobre els ciutadans entre els subjectes obligats.

Pot ser que arribi un moment en què la lluita contra l'enorme poder dels grups de delinqüència organitzada faci necessària la implantació d'un estat general de vigilància, en què s'hagin de sacrificar alguns drets individuals fonamentals, però no sembla que estiguem ja en aquesta situació; a més, quan això passi, serà necessari que els poders públics informin degudament els ciutadans i que es portin a terme reformes de fons en el sistema jurídic i de garanties.

La lluita contra els grups de delinqüència organitzada pot fer necessària la implantació d'un estat general de vigilància, en detriment d'alguns drets individuals fonamentals, però no sembla que estiguem ja en aquesta situació

És cert que **l'abast que realment tindran les mesures que imposa la llei dependrà molt de com s'interpreti**, molt ambigua en la forma de definir la majoria dels deures que imposa, i també de com es desenvolupi reglamentàriament, desenvolupament a què fa referències constants. Perquè no és el mateix considerar que n'hi ha prou de recollir la manifestació del particular sobre la seva activitat, índole dels seus negocis o origen del seu patrimoni, que entendre que el subjecte obligat ha d'investigar la veracitat d'aquestes manifestacions i, si s'escau, de quina manera. Però aquest és un altre gran error de la llei: l'enorme inseguretat que genera la indefinició dels seus conceptes i deures, atès que, a més, l'incompliment de tots aquests deures que s'imposen als "subjectes obligats" ja està sotmès a fortíssimes sancions; règim sancionador que, per això, presenta una tipicitat deficiente. El principi constitucional de seguretat jurídica tampoc surt ben parat.

Pel que fa a la funció notarial, a qui llegeixi la llei i la directiva comunitària que transposa li cridarà l'atenció el tracte especialment costós que la llei li atribueix, en comparació amb el règim previst a la directiva.

En primer lloc, perquè altera la forma en què els notaris són considerats subjectes obligats. Efectivament, a la directiva els notaris estan al mateix grup que els *"professionals independents del dret"*: és a dir, *només són subjectes obligats "quan participin, ja sigui actuant en nom del seu client i per compte d'aquest, en qualsevol transacció financera o immobiliària, ja sigui assistint en la concepció o realització de transaccions per compte del seu client relatives a: i) la compravenda de béns immobles o entitats comercials, ii) la gestió de fons, valors o altres actius que pertanyin al client, iii) l'obertura o gestió de comptes bancaris, comptes d'estalvi o comptes de valors, iv) l'organització de les aportacions necessàries per a la creació, el funcionament o la gestió d'empreses, v) la creació, el funcionament o la gestió de societats, fidúcies, o estructures anàlogues"*. El sentit de la norma crec que és clar: el que s'inclou és l'actuació del notari com a *"professional independent del dret"*, és a dir, quan actua com a assessor jurídic de part, dissenyant transaccions econòmiques o preparant entramats jurídics dirigits a la recerca del benefici exclusiu d'aquell particular; actuació notarial possible i freqüent en altres països europeus, i molt menys a Espanya, on el que és habitual és exercir una funció controladora-documentadora, que consisteix a redactar el document d'acord amb la llei i la voluntat expressada, exercir el control de legalitat i informar dels efectes i conseqüències als atorgants, tot això referit a un acte jurídic que se li presenta ja estructurat i configurat. Per tant, **d'acord amb la directiva, el notari només seria subjecte obligat quan assumís aquell paper d'assessor jurídic privat**; no en els casos, la majoria, en què es limita a complir estrictament la seva funció pública notarial, que consisteix a donar forma a l'acte jurídic que les parts declaren que desitgen formalitzar, redactant-lo d'acord amb la llei, supervisant que compleix la legalitat i informant dels seus efectes i conseqüències. En aquells casos, el deure que tindria el notari seria el propi de les autoritats i funcionaris, que consisteix en el fet que quan descobreixin fets que puguin constituir

indici o prova de blanqueig de capitals, han d'informar-ne les autoritats (que la llei regula avui a l'article 48.1). Tot això malgrat la interpretació maximalista que, fins a l'entrada en vigor de la llei, havien realitzat la Direcció General dels Registres i del Notariat i el Consell General del Notariat.

Tanmateix, **la llei, quan defineix els subjectes obligats, treu els notaris del grup dels professionals del dret i els inclou en una lletra independent (juntament amb els registradors), on no es fa cap tipus de restricció, de la qual cosa es pot inferir que el notari és subjecte obligat en tota la seva activitat, conclusió que, tanmateix, només es pot qualificar com a excessiva**, perquè no té sentit lògic, ja que hi ha actuacions notariales que, per la seva pròpia naturalesa, són totalment alienes a la possible existència de blanqueig de capitals. En qualsevol cas, cal preguntar-se el perquè d'aquest canvi de tracte dels notaris, que, en la meua opinió, no té cap justificació raonable. Per descomptat, no sembla que la nostra condició de funcionaris ho justifiqui, atès que no hi ha més funcionaris a la llista de subjectes obligats, els quals són tots estrictament privats; i, de fet, les autoritats i funcionaris tenen un règim molt diferent en aquesta legislació, al qual ja s'ha fet referència, amb un únic deure: informar dels fets que descobreixin que poden constituir indici o prova de blanqueig de capitals.

També surt mal parat el notari a les excepcions que es regulen per als professionals del dret. En efecte, la directiva preveu l'exclusió de determinats deures als notaris, juntament amb altres professionals independents del dret, quan la seva actuació tingui la missió de determinar la seva posició jurídica o la defensa jurídica. Tanmateix, l'article 22 de la llei limita aquesta exclusió als advocats.

En últim terme, cal destacar el desgraciat article 19, apartat 2, de la llei, sobre el deure d'abstenció del notari quan en l'operació concorren diversos indicadors de risc dels que assenyalava l'OCP o un indici manifest de simulació o frau de la llei. Per començar, l'accés al servei notarial forma part del principi constitucional de seguretat jurídica, que no s'hauria de veure retallat per mers indicis o sospites. Cal tenir en compte els greus perjudicis que pot patir una persona



a qui se li denega la funció notarial: terminis peremptoris que expiren i suposen la pèrdua de drets, impossibilitat posterior de realitzar els actes que en aquell moment se li impedeixen, etc. El problema s'agreuja si es comprova que bona part dels indicadors de risc que ha assenyalat l'OCP estan formulats amb una ambigüitat enorme; n'hi ha prou a llegir-los per comprovar la constant utilització d'adjectius molt imprecisos: *"sense explicació lògica aparent", "crida l'atenció", "manca de coherència", "quantia rellevant", "preu excessivament elevat o excessivament baix", "quantia ostensiblement alta", "termini inusualment curt", etc.* El mateix es pot dir respecte dels supòsits amb *"indici manifest de simulació o frau de llei"*.

Davant d'aquesta situació, és possible que aquestes denegacions de funcions provoquin demandes del particular afectat contra el notari en reclamació de danys i perjudicis. El resultat de les demandes es fa difícil de preveure, per aquell indesitjable grau d'indeterminació dels supòsits determinants de la denegació. És possible que el que al notari li sembli que no té explicació lògica o li provoqui dubtes o que resulta inusual, al jutge que conegui de la demanda li sembli una altra cosa i, per tant, condemni el notari. Amb la qual cosa, el notari es veu

entre l'espasa i la paret: per una banda, si autoritza o intervé, pot patir les tremendes sancions que estableix la Llei 10/2010; però si denega, pot ser condemnat per un jutge civil en la demanda de responsabilitat que el particular afectat interposi contra ell. No només el particular, sinó també el notari mateix pateix una inseguretat jurídica intolerable.

No hi ha dubte que l'accés al servei notarial forma part del principi constitucional de seguretat jurídica, principi que no s'ha de retallar per mers indicis o sospites

En fi, **resulta sorprenent aquest maltractament quan el notariat és probablement el col·lectiu que presta més col·laboració en la matèria als poders públics**, com repeteixen freqüentment els seus responsables. La qual cosa, si se li suma el feixuc increment de les obligacions de col·laboració que els notaris patim en els últims temps, amb l'enorme increment d'esforç que cal dedicar-hi i el consegüent augment de costos que comporten, i l'es-

trangulació econòmica que ha suposat la congelació de l'aranzel notarial des de 1989, només alterat per successives i fortíssimes reduccions que se li han imposat, deixa el notariat en una situació molt difícil.

Per acabar, vull expressar el desig que el notariat sàpiga transmetre i fer entendre als poders públics el que expressen sobre el particular les propostes incloses a les conclusions del XXVI Congrés de la Unió Internacional del Notariat celebrat l'octubre de 2010, resumidament: **que el notariat no ha d'estar obligat a desenvolupar activitats d'investigació**, que són pròpies de la força pública i de la magistratura i s'ha de limitar a l'itinerari documental, a examinar i interpretar escriptures públiques, documents i registres públics; **que s'han d'elaborar índexs de supòsits d'anomalies i sospites com més precisos millor**; **que la regulació ha de respectar les garanties del ciutadà**, sobre la base del principi de legalitat preventiva, segons el qual les autoritats públiques poden utilitzar les dades personals només en el marc d'una reglamentació específica i clarament definida d'objectius i procediments i aquests han de ser adequats i no han de resultar excessius en relació amb les citades finalitats.



Descansi en pau

(a propòsit del 150 aniversari de la Llei del Notariat)



JOSÉ JAVIER CUEVAS CASTAÑO

Notari de Barcelona i Ex vicedegà del Col·legi de Notaris de Catalunya.

El Consell General del Notariat ha nomenat una comissió encarregada d'organitzar els actes commemoratius del 150 aniversari de la Llei del Notariat, de 28 de maig de 1862.

Sens dubte el vell text és creditor d'homenatges i compliments, ja que ningú no pot negar-ne el valor com a carta d'identitat del modern notariat espanyol, atès que reconeix principis que avui ens semblen elementals i evidents, com ara la nostra condició *de funcionarios de l'Estat*, l'existència d'una única classe de notaris en tot el regne, la pertinença dels protocols a l'Estat o la supressió dels oficis alienats.

Aquest reconeixement del seu valor i significat històrics no ens ha de privar d'esperit crític per constatar que el temps no ha passat per ella en va i que aquesta vella llei se'ns ha anat caient a trossos, fins a quedar-se en res o gairebé res. Ja l'any 1925, Díez Del Corral posava de ma-

nifest que catorze dels seus articles estaven totalment derogats i deu ho estaven parcialment, la qual cosa és bastant significativa, si tenim en compte que la llei té quaranta-vuit articles i que aquestes derogacions s'havien produït «*de facto*», mitjançant la publicació dels successius reglaments que, seguint la vella recepta de Romanones, havien fet cas omís a la jerarquia normativa i la reserva de llei. La part negativa de tot això és que en els vuitanta-cinc anys que han passat des d'aleshores, les coses han millorat poc o res, i tot s'ha seguit confiant als successius textos reglamentaris, amb les úniques excepcions de la llei de 16 de desembre de 1946 (modificativa de l'article 23), la 43/1985 (derogatòria de l'article 30), la 18/1999 (que va modificar l'article 35), la 24/2001 (modificativa de l'article 10 i introductora del 17 bis) i la 36/2006 (que va redactar *ex novo* els articles 17 i 24, i va afegir un paràgraf al 23). Sorpre-

nentment Antonio Rodríguez Adrados, a la *Nueva Legislación Notarial Comentada*, publicada pel Col·legi de Notaris de Madrid (*chapeau!*), es mostra comprensiu i tolerant amb aquestes vulneracions de la jerarquia normativa. Sabent, com sabem tots, que és tanta la seva bondat com la seva saviesa, és lògic pensar que basa un judici tan benèvol més en la indulgència que en el convenciment.

Encara que sembli mentida la situació va estar oficialment tolerada, acceptada per gairebé tots i reconeguda fins i tot en els temes d'oposicions, fins a la Sentència del Tribunal Suprem de 31 de gener de 2001 que, a impulsos notariais, es va endur per endavant part del Reial Decret 1867/98, que modificava determinats articles del Reglament Hipotecari, per falta de cobertura legal suficient. Fins aleshores, van ser pocs els que es van prendre seriosament el problema de la jerarquia normativa i molts els que ho



van seguir fiant tot a reformes reglamentàries. Les citades Lleis 24/2001 i 36/2006 van constituir un valuós però insuficient pas en la bona direcció, un meritori esforç per actualitzar la Llei de 1862. Probablement no es va poder anar més enllà en l'actualització de la vella Llei, atès que ja havia esclatat de nou i sense embuts ni dissimulacions, la guerra fratricida entre registradors i notaris que encara ens assola. Segueixo creient que la declaració formal d'hostilitats (que molts lamentem des d'un i altre bàndol i que alguns ens preocupem de mitigar) va ser l'informe emès el 29 d'agost de 2001 pel Col·legi Nacional de Registradors en relació amb un avantprojecte de reforma del Reglament Notarial. Des d'aquell moment va quedar ben clar que el debat fonamental, el *casus belli*, estava en reconèixer o en negar el control de legalitat per part del notari, com a component essencial de la seva funció pública. Es tracta d'una cosa que la majoria dels notaris (ingenus de nosaltres!) mai pensàrem que ningú ens pogués discutir, atès que socialment i històricament ha format part de la noció més elemental del nostre ofici.

El control de la legalitat per part del notari és un component essencial de la seva funció pública, atès que forma part de la noció més elemental del nostre ofici

Allò va constituir també un veritable avís sobre el que ens esperava d'aleshores en endavant i la base, suport i nucli argumental de la impugnació de la reforma reglamentària que de seguida citarem. Potser hauria estat el moment de gestionar políticament una nova Llei del Notariat que ens proporcionés la seguretat jurídica que ens manca a qui, paradoxalment, la dispensem cada dia. De material no n'hagués faltat, ja que abans, aleshores i ara hi ha hagut algú que s'ha ocupat de posar sobre la taula esborranys i projectes d'una nova norma amb el rang que el servei públic notarial requereix i que es compadeixi de les circumstàncies i necessitats de la darrerria del segle XX i inici del segle XXI. Cenyint-me al material de què dispocho citaré:

— L'esmena del grup parlamentari socialista, registrada a la Secretaria del

Congrés dels Diputats en data 30 de maig de 1994, en què es postulava una Llei d'Unificació de la Fe Pública que continguéss, entre altres aspectes, **el control de legalitat sobre els actes de què es dona fe pública.**

— L'esborrany d'Avantprojecte de Llei Notarial atribuït a Julio Burdiel o al seu impuls, que a l'article 3, dels 103 de què constava, ja situava com a pressupost indispensable per a la dació de fe el **control de la legalitat i la regularitat de l'acte o negoci jurídic.**

— La ponència presentada per Giménez Duart al VI Congrés Notarial Espanyol i elaborada a partir de textos anteriors, en què es reproduïa literalment la mateixa exigència de **controlar la legalitat i regularitat de l'acte o negoci jurídic.**

— Les bases (molt fragmentàries) per a una futura Llei Notarial, redactades separatament i independentment per Mezquita Del Cacho i per José-Félix Belloch, en què el control de la legalitat es perfila com a part substancial de la funció del notari i condicionant de la prestació d'aquesta.

— L'informe del Bufet Cuatrecasas titulat *Materials per a un Avantprojecte de Llei de Seguretat Jurídica Preventiva* (juliol de l'any 2000), francament tebi en el tema que ens ocupa i en la introducció del qual es diu concisament que «la funció pública notarial garanteix la legalitat i la seguretat de les relacions jurídiques», expressió que a mi se'm queda tan curta com aquelles que es limiten a parlar de **la legalitat com a mera presumpció, resultat o característica del document públic notarial**, sense deixar clar que això no és així per art de màgia, ni tan sols pel mer fet de ser el notari un funcionari públic, sinó que és conseqüència lògica del **control de legalitat** que obliga el notari, encara que de vegades se l'hi imposi amb altres expressions menys contundents i explícites com dació de fe de l'adequació a la legalitat, o bé vetllar per la regularitat material de l'acte o negoci.

— L'esborrany de projecte de bases per a la reforma dels serveis públics notarial i registral, redactat per José-Félix Belloch, en la base 1.^a del qual, de les

catorze que composen el valuós i poc conegut text, es diu que **«Registradors i notaris han de denegar la seva intervenció quan l'acte o negoci de què es tracti vulneri els valors o principis constitucionals o sigui contrari a les lleis».**

Potser quan es va produir la unificació dels cossos de notaris i corredors col·legiats de comerç es podia i s'havia d'haver aprofitat la conjuntura i el material acumulat per impulsar una Llei de Seguretat Jurídica Preventiva o una nova Llei Notarial. En comptes d'això, es va optar (o es va haver d'optar forçosament) pels retocs, valuosos però insuficients, de les Lleis 24/2001 i 36/2006, i es va insistir en la via merament reglamentària que va conduir, amb més precipitació que encert, a l'amplia i contestada reforma del Reglament Notarial, aprovada pel Reial Decret 45/2007, en la qual aviat va entrar a sac el Tribunal Suprem estimant, en el més substancial, el recurs presentat pel Col·legi Nacional de Registradors, i declarant nul, entre d'altres (encara que fos per motius no substancials, sinó formals o de jerarquia normativa) l'article 143 pel que fa a la nostra **funció de control de la legalitat.**

De res va servir invocar les fecundes conclusions que es podrien extreure del «d'acord amb les lleis», de l'article 1.^r de la Llei del Notariat.

De res ens va servir la Sentència del Tribunal Constitucional 207/1999, d'11 de novembre, en què s'afirma que el deure del notari de vetllar per la legalitat forma part de la seva funció com a funcionari públic, atès que ens incumbeix **«en el desenvolupament de la funció notarial, el judici de legalitat»**, la qual cosa condueix a l'Alt Tribunal a donar per bones les previsions reglamentàries de 1944 que imposaven al notari no només l'excusa del seu ministeri, sinó **la negativa de l'autorització notarial quan l'acte o contracte, totalment o en part, fos contrari a les lleis.**

De res va servir portar a col·lació l'article 17 bis, introduït a la Llei del Notariat per la Llei 24/2001, que imposa al notari l'obligació de donar fe **«que l'atorgament s'adequa a la legalitat».**

De res va servir, en fi, que l'article 24 de la mateixa Llei, introduït per la Llei



36/2006, ens obligui a **«vetllar per la regularitat no només formal sinó material dels actes o negocis jurídics».**

Tots aquests arguments no van convèncer el Tribunal Suprem, de forma i manera que, llevat en les ocasions concretes en què així estigui legalment i específicament previst, no podrem excusar la prestació de la nostra funció, i haurem de limitar-nos a esquitxar el document de reserves o advertències, en un exercici d'inexplicable **dontancredisme jurídic**, al qual la majoria no volem resignar-nos.

De tan desesperant situació ens va venir a treure l'anterior equip del Ministeri de Justícia. El Ministre, el Secretari d'Estat i la Directora General dels Registres i del Notariat, ens van assegurar que ens recolzarien per resoldre l'embolic. El secretari d'estat va ser molt concloent quan al X Congrés Notarial celebrat a Canàries l'any 2008, amb les ferides obertes i dolgudes, va dir allò que: **«Només a un extraterrestre se li podria dir que els notaris no controlen la legalitat. El Govern està buscant la millor manera i més ràpida d'atorgar rang legal a les previsions**

del Reglament Notarial anul·lades pel Tribunal Suprem.» La part negativa de tot això és que aquella bona actitud se'n va anar en orris en aquella cacera i que el nou Ministre no deu tenir les coses tan clares ni deu estar pel que ha d'estar. Bona prova d'això és que tan bon punt se li esmenta l'assumpte (i el Consell General ho fa sempre que pot) fuig per la tangent, elogiant, això sí, la utilitat social i el gran valor de la nostra funció.

Encara sort que en les lamentables circumstàncies actuals, hem trobat un cert consol en l'article 18.1 de la Llei 2/2009, que (després d'una rocambolesca història feliçment tancada gràcies a la intervenció del Col·legi de Notaris de Catalunya) proclama sense embuts el nostre **«deure genèric de control de legalitat dels actes i negocis jurídics»**. Menys és res!

En les circumstàncies actuals, hem trobat un cert consol en l'article 18.1 de la Llei 2/2009, que proclama sense embuts el nostre «deure genèric de control de legalitat dels actes i negocis jurídics»

Del que he dit fins aquí, el pacient lector que m'hagi seguit no ha de deduir que guardo reticències, rancors o reserves respecte de la vella Llei, encara que per la seva vellesa, ambigüitat o silenci s'hagi demostrat inútil per a la batalla que estem lliurant per defensar el nostre lloc sota el sol. Ni tan sols renego de fastos i homenatges per commemorar-ne l'aniversari, però bé sap Déu que hagués preferit que el Consell General, en comptes d'una comissió organitzadora de tals festes, hagués constituït un grup de treball que s'encarregués de sistematitzar materials i de donar impuls a una nova Llei, sense perjudici d'ocupar-se també, per conjectura de pietat, de les exèquies de la vella, amb la major solemnitat, amb cants gregorians, túmul, llumeneres i fins i tot armó d'artilleria. Jo pago les absoltes.



Marc legal empresarial i desocupació



DANIEL IBORRA FORT

Notari de Vilafranca del Penedès. Analista d'inversions i col·laborador en diferents mitjans de comunicació, en premsa general, jurídica i econòmica. Autor de diverses publicacions, entre elles "1992: El reto del mercado único. España crece pero ¿quién crece en España?" (1989), "De cómo se puede resolver la crisis económica, el paro, la corrupción política y tener una democracia eficiente, leyendo un pequeño libro" (2009) i "Una crisis previsible: España 2006/2010" (2010).

El problema de l'atur gravita sobre la societat espanyola amb una intensitat que no es dona en altres societats. Però el que preocupa més és el pessimisme que es detecta a la classe política i l'opinió pública sobre les possibilitats d'afrontar amb èxit la resolució d'aquesta lacra social.

L'increment de l'atur ha estat un dels factors determinants del creixement de la despesa i del dèficit públic. L'atur compromet altres necessitats socials: seguretat en el treball i remuneració adequada d'aquest, promoció i desenvolupament personal i professional, nivell de seguretat pública, solvència del sistema de seguretat social.

Cal destacar el malbaratament de recursos humans que suposa, especialment de les generacions joves amb una preparació més adaptada a les necessitats tècniques actuals, i la insatisfacció social i política que genera, amb la creació d'una

massa desarrelada i propensa a comportaments radicals.

Tanmateix, en altres societats, aquest problema està trobant una solució, com és el cas del Brasil, que ha desenvolupat una política exitosa en la potenciació del viver de creació d'activitats empresarials, que han tret de la misèria milions de ciutadans i han elevat el país a un nivell de desenvolupament envejable.

La creació d'ocupació no vindrà dels que ja són empresaris, sinó dels que no ho són i decideixen ser-ho

Perquè **la creació d'ocupació a les economies modernes va lligada especialment a l'aflorament continuat de noves empreses petites i mitjanes.** Aquestes utilitzen més intensament mà

d'obra, i amb la generació de beneficis es van capitalitzant. En conseqüència, **la creació d'ocupació no la realitzen els que són empresaris, sinó fonamentalment els que no ho són** i decideixen ser-ho, ja que els avenços tecnològics ofereixen prou mitjans als antics empresaris per incrementar la producció sense que ho facin les plantilles.

Això s'agreuja en etapes de recessió en què les empreses treballen a mig gas, aleshores, creixements d'un 3% o superiors no serviran per crear ocupació a curt termini. Només després d'un llarg període de creixement continuat i intens que elevi la facturació a nivells anteriors, els actuals empresaris es plantejaran ampliar el nombre de treballadors, només si el marc legal sobre l'ocupació ho incentiva i no ho impedeixen les innovacions tecnològiques.

Pel que fa a la creació empresarial, aquesta depèn de la recuperació dels mercats que alimenten les expectatives

de rendibilitat, perquè, llevat casos de novetats d'èxit, difícilment s'escometran nous projectes si els anteriors no poden col·locar gran part de la seva producció.

I, en el nostre cas, la creació de llocs de treball ja no podrà venir de la font principal que va proveir el mercat laboral en la última expansió, la construcció, sinó de l'increment de la competència de la nostra producció i, per fer-ho, cal un treball més qualificat i un profund canvi de política econòmica. No calen ni els mateixos treballadors ni la mateixa preparació tècnica per fer cases que per fer coses (béns i serveis) competitives internacionalment.

Crec que hi ha una relació determinant entre el marc empresarial i el nombre de vocacions. Com més favorables siguin les circumstàncies que incideixen en la decisió empresarial, més persones escometran iniciatives productives

Però **per aconseguir una bona collita d'estímul empresarials, cal que les condicions ambientals ho propiciïn.** Crec que hi ha una relació determinant entre el marc empresarial i el nombre de vocacions. Com més favorables siguin les circumstàncies que incideixen en la decisió empresarial, més persones escometran iniciatives productives.

Per aconseguir que un gran nombre de ciutadans, i entre ells els més intel·ligents i preparats, es decideixin a iniciar activitats empresarials, i perdre, a vegades, un lloc de treball fix i invertint el seu

temps, patrimoni i esforç físic, aquests han de tenir una compensació social i econòmica adequada.

El tipus de compensació varia en funció del caràcter, els hàbits i les normes de les societats. Cada societat té un punt d'equilibri diferent, no és igual, per exemple, una societat mandrosa que una treballadora. Però en totes elles l'increment d'incentius produeix efectes positius en l'àmbit dels agents econòmics.

Tanmateix, si es va minvant el benefici esperat, mitjançant l'increment de despeses sobre l'inici i desenvolupament de l'activitat, la renda anual, el patrimoni invertit en l'empresa, la transmissió de béns *inter vivos* i en el moment de la successió familiar, és lògic que la intenció social per iniciar activitats empresarials s'acomodi a aquest canvi de rendibilitat. Cada vegada trobarem menys ciutadans disposats a assumir riscos empresarials.

Si empreses amb tradició i serietat reconegudes, amb clientela consolidada, amb productes d'èxit i amb patrimoni, s'han vist abocades al tancament per manca de finançament, la qual cosa és una de les causes principals del gran creixement de l'atur, com es finançaran, per iniciar les seves activitats, les noves? **Cal una reordenació dels recursos financers dirigint-los preferentment a les activitats productives,** únic camí perquè, amb el creixement de la renda i el treball, el sector públic redueixi la seva despesa d'atenció a la desocupació i incrementi els seus ingressos, per finançar les seves funcions essencials.

I si la reducció de beneficis va acompanyada de l'augment de la complexitat administrativa en la gestió de l'empresari i de la responsabilitat d'aquest, de problemes laborals, d'una actuació del

sector públic poc favorable, d'un deteriorament general de l'entorn econòmic que incideix en la solvència de clients i proveïdors, i fins i tot no hi ha un reconeixement social adequat, estan creades les condicions per a la castració de l'activitat empresarial.

Mentre les estadístiques sobre el nombre d'autònoms i petits empresaris segueixin oferint, com actualment, un resultat negatiu, és impossible tècnicament que l'atur es redueixi

Mentre les estadístiques sobre el nombre d'autònoms i petits empresaris segueixin oferint, com actualment, un resultat negatiu, és impossible tècnicament que l'atur es redueixi. Qualsevol declaració optimista sobre el tema tindrà un vol tan curt i generarà tanta frustració social com les que el van precedir sobre que la crisi internacional no ens afectaria, que estava a prop la recuperació o les que estariem a l'elit mundial i superariem les economies més competitives. **Només quan el nombre d'emprenedors estigui per sobre dels que tanquen, la tendència a la desocupació canviarà de direcció.** I perquè sigui possible cal que es donin les condicions legals i econòmiques propícies.

Si la reducció de la capacitat productiva i laboral fos compensada per les aportacions dels que clamen per l'eliminació o reducció dels beneficis empresarials o un altre grup de ciutadans desinteressats, el nivell de vida i d'ocupació de la població no es ressentiria, però això no sempre passa.

Diari notarial d'un temps convuls (2009-2010)



JOAN CARLES OLLÉ FAVARÓ

Notari de Barcelona i Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya.

No podem saber del cert en quin sentit haurà evolucionat la professió notarial en les properes dècades, ni tampoc què serà el que la història destacarà del moment actual. Com això és evidentment impossible, sí que podem fer un esforç selectiu **d'anàlisi i reflexió del que ha estat rellevant en la professió a Espanya en els dos últims anys**, període de temps aproximat que fa que estan constituïdes les actuals juntes directives dels col·legis notariais i el Consell General del Notariat, presidit per Antonio Ojeda. Un bienni, a més, en què el notariat ha patit i està patint, com la resta de la societat espanyola, les conseqüències de l'aguda crisi econòmica i financera mundial iniciada a la meitat de 2007.

El període 2009-2010 va venir precedit, i en certa mesura condicionat, per dos esdeveniments molt importants que es van produir **el 2008: 1) El cop tan dur que va suposar la Sentència del TS de 20 de maig de 2008**, que va anul·lar diversos articles, entre els quals alguns de molt im-

portants, del Reglament Notarial, introduïts pel RD 45/2007, de 19 de gener, que havia estat una aposta forta de l'anterior Consell, presidit per José Marqueño; **2) i la inquietud i alarma que van generar al sector les mesures 22 i 23 de l'Ordre PRE 2424/2008, de 14 d'agost, sobre mesures de reforma estructural i d'impuls al finançament de les petites i mitjanes empreses**, en què es preveia, respectivament, una rebaixa general del vint per cent dels aranzels notariais (i registrals), i l'elaboració d'un «full de ruta» per a la reforma del model de seguretat jurídica preventiva, que es deia que anava orientada a evitar solapaments i duplicitats entre les funcions de notaris i registradors, i a reduir costos, simplificar i reduir els tràmits per a ciutadans i empreses.

Sistema de seguretat jurídica preventiva

Els notaris i registradors, per tant, d'un dia per l'altre **ens van trobar que el**

sistema de seguretat jurídica preventiva espanyol, que ofereix un altíssim nivell de seguretat jurídica i és un dels millors del món, d'acord amb l'opinió generalitzada dels experts, **es posa totalment i absolutament en qüestió**. De manera una mica sorprenent, l'Ordre de 14 d'agost en plantejava una reforma «radical» i apuntava, fins i tot, a la desaparició d'un dels cossos o a la fusió d'ambdós, però no com s'havia plantejat tradicionalment, és a dir, un únic cos amb una doble funció, sinó un únic cos i una sola funció, fent *tabula rasa* de la professió a desaparèixer, les prestacions de la qual quedarien subsumides en el nou cos únic.

El Consell General del Notariat i el Col·legi Nacional de Registradors van presentar sengles informes defensius i contundents, el tema va ser objecte d'un ampli i intens debat a les eleccions notariais de la darrereria de 2008, **i els col·legis de notaris i registradors de**

Catalunya, amb l'adhesió de bona part de les associacions d'àmbit nacional, van subscriure una declaració de bases que defensava la validesa i excel·lència del sistema, així com la conveniència de promoure'n la sempre necessària modernització i millora de manera consensuada entre els dos col·lectius, a la recerca de l'interès general dels ciutadans i de l'òptima prestació del servei públic. Aquesta última iniciativa no va prosperar però, probablement, no va caure en l'oblit.

Un element positiu en aquest període és la línia seguida per l'actual DGRN, encapçalada per María Ángeles Alcalá, que està portant a terme una gestió equilibrada i de recerca del consens necessari entre ambdós col·lectius

Per a què cal canviar el que funciona raonablement bé?: Aquesta era i és la gran qüestió. Afortunadament el temps ha posat les coses al seu lloc i ha demostrat que una reforma tan dràstica com la que es pretenia era de resultats molt aventurats i incerts, i que a més generava una gran tensió afegida entre els dos col·lectius. Recentment el ministre de Justícia, José Caamaño, ha afirmat en algun fòrum que la proposta del full de ruta es pot donar per liquidada. Però, pel que fa a la resta, seguim lamentablement més o menys on sempre, amb enfrontaments massa freqüents entre les dues cúpules (que no entre la immensa majoria de notaris i registradors), en una disputa esgotadora quant als límits d'ambdues funcions, i que suposa un enorme desgast per a ambdues professions i per al sistema.

Un element positiu en aquest període és la línia seguida per l'actual Direcció General dels Registres i del Notariat, encapçalada per María Ángeles Alcalá, que està portant a terme una gestió equilibrada i de recerca del consens necessari entre ambdós col·lectius. Sota la seva direcció s'han impulsat una sèrie de converses i reunions per resoldre la

important qüestió de l'accés directe dels notaris al contingut dels llibres del registre, amb la finalitat de donar compliment a la previsió de l'article 222.10 de la Llei Hipotecària, desenvolupada per l'article 175.3 del Reglament Notarial. Cal esperar que es publiqui aviat la instrucció sobre aquesta matèria, llargament anunciada i que, si es confirmen les expectatives, suposaria una millora important del servei públic. Es podria implementar, perfectament, un sistema que s'aproximés al definitiu, amb caràcter transitori, fins al moment en què es pogués donar ple compliment a la previsió legal.



El problema essencial, tanmateix, segueix en peu: **el sistema de seguretat jurídica preventiva espanyol porta més d'una dècada suportant disputes acèrrimes entre la corporació notarial i registral**, amb el pèndul de la balança basculant cap a un costat i cap a l'altre, sense vencedors ni vençuts, més ben dit, amb un greu perill per a la credibilitat d'ambdós col·lectius i la viabilitat del sistema. **En particular, i pel que fa al notariat, hem deixat enrere una etapa d'especial proximitat als poders públics, i no s'ha aconseguit cap èxit ni avançament**, sinó més aviat algun retro-

cés important. Fins quan es pot seguir així?

Document públic

La pressió desreguladora procedent principalment de la Unió Europea està avançant de manera constant i sostinguda també a Espanya: l'exemple paradigmàtic d'aquest fenomen és la fallida proposta de «full de ruta» comentada, al final un intent de reduir els controls de l'Estat en la contractació civil i mercantil. Però aquesta pressió s'està produint també, de manera cada vegada més creixent, sobre el document públic i el seu abast, amb diverses propostes legislatives dirigides a suprimir l'exigència del document públic en cada vegada més supòsits. **En alguns casos, aquestes mesures han estat rebutjades i han decaïgut, com la recent previsió continguda a l'Avantprojecte de Llei d'Economia Sostenible d'accés al Registre de la Propietat del crèdit refaccionari contingut en documents privats**, que ampliava desorbitadament un supòsit excepcional preexistent.

Tampoc ha prosperat l'article 54 de l'esborrany d'Avantprojecte de Reglament de la Llei del Sòl que consagra la declaració d'obra nova i l'acta final d'obra subscripta en documents privats amb firma legitimada notarialment o ratificada davant del registrador. En la mateixa línia, **en el recent Reial Decret Llei 13/2010, de 3 de desembre**, d'actuacions en l'àmbit fiscal, laboral i liberalitzadores per fomentar la inversió i la creació d'ocupació **es regula una modalitat de constitució de societat telemàtica** que, sense entrar ara en més consideracions, introdueix uns estatuts predeterminats, reduint la intervenció del notari, el registrador i, fins i tot, la de l'advocat, a la mínima expressió.

S'ha de dir clarament: **si aquestes mesures prosperen i acaben consolidant-se els efectes que produirien sobre el principi constitucional de seguretat jurídica (article 38 CE), més aviat que tard acabarien sent devastadors**. També sobre les arques de la hisenda pública, atès que el document públic



no tributa. La presència de l'escriptura pública i la intervenció del notari, amb el deure d'imparcialitat, el judici de capacitat i de suficiència de capacitats, assessorament i el control de legalitat que realitza (que ara analitzarem), entre altres valors que els que incorporen, afegeixen un plus de seguretat jurídica i tenen un índex de litigiositat tan baix, que realment resulta difícil d'entendre que es puguin qüestionar.

És incompreensible que a Espanya, on el nostre sistema notarial i el conjunt del sistema de seguretat jurídica preventiva han demostrat un cop més la seva solvència i solidesa en l'actual context d'aguda crisi econòmica, sense cap tipus d'incidència destacable, precisament ara, de manera una mica subreptícia, vulguem importar per la porta del darrere un sistema, l'anglosaxó, que ha fallat estrepitosament i s'està revisant en profunditat. Per descomptat, és el món al revés.

Control de legalitat

Indubtablement, **per al notari el cop més dolorós de la Sentència de 18 d'agost de 2008 del TS va ser l'anul·lació de l'article 145 del Reglament Notarial, que consagrava el control de legalitat que realitza el notari en els negocis en què intervé i que el facultava per abstenir-se d'autoritzar-los si infringeix les lleis.** La Sentència, que no posa en dubte el deure del notari de vetllar pel compliment de les lleis en els negocis que autoritza, com no podia ser d'altra manera i, a més, està recollit en diversos preceptes legals, el que anul·la és una manifestació concreta d'aquest control de legalitat, el deure d'abstenció en cas de vulneració de la norma, amb base fonamentalment al principi de reserva de llei, atès que entén que el Reglament Notarial s'extralimitava quan regulava un deure d'abstenció que, amb caràcter general, no consta a la Llei del Notariat ni en cap altra norma amb rang de llei. Hi ha, això sí, lleis concretes que preveuen el deure d'abstenció notarial, però no se'n pot inferir una norma general. **No es nega que es pugui regular un control de legalitat d'aquestes característiques,**

però s'ha de fer per lleis. Aquesta és, en resum, la doctrina de la sentència, com és ben sabut, per altra banda.

A partir d'aquest moment, els esforços del Consell General del Notariat s'han dirigit a aconseguir del Ministeri de Justícia i del Govern de la Nació la plasmació legal del control de legalitat notarial, amb caràcter general i de manera diàfana, cosa que, de moment, no s'ha aconseguit, amb l'excepció a què després faré referència. En tot aquest debat hi ha una certa confusió semàntica: ningú no pot posar en dubte que el notari fa un control de legalitat del negoci que intervindrà, entès a mode d'auditoria jurídica d'aquest, el debat versa sobre els efectes d'aquell control, en concret, si el deure del notari és abstenir-se en cas de contravençió de la norma o, si pel contrari, s'ha de limitar a fer les oportunes advertències legals i reserves al document i no es pot negar a autoritzar. Per descomptat, **el que es discuteix és un tema fonamental i no menor, però no hauria de posar en dubte en cap cas el control de legalitat notarial,** que és un acte previ, per definició, als efectes i les conseqüències d'aquest control. Situar les coses al seu lloc exacte ajudaria molt a l'hora de centrar i moderar el debat.

La presència de l'escriptura pública i la intervenció del notari afegeixen un plus de seguretat jurídica i tenen un índex de litigiositat tan baix que realment resulta difícil d'entendre que es puguin qüestionar

Ara bé, i centrant-nos en el deure d'abstenció, no sembla lògic que el notari estigui obligat a autoritzar un negoci que jutja nul, anul·lable o il·lícit. No es pot oblidar que la immensa majoria de negocis i contractes es perfeccionen amb l'atorgament de l'escriptura pública, en què les parts han satisfet, normalment, les respectives contraprestacions. Les conseqüències econòmiques i jurídiques d'autoritzar un negoci d'aquestes característiques poden ser nefastes i molt

abundants, per més que el fedatari salvi la seva responsabilitat (cosa que en molts casos quedarà per veure), plasmant al document les oportunes reserves i advertències. Si es pensen les coses amb un mínim d'objectivitat i sentit comú, **ni l'Estat ni la societat poden tenir cap interès en aquest abstencionisme notarial.** La lògica més elemental exigeix que si un negoci és il·legal el fedatari públic no l'ha d'autoritzar en cap cas.

En aquest context, **una novetat molt important ha estat l'aprovació de l'article 18.1 de la Llei 2/2009, de 31 de març,** que diu el següent: «En la seva condició de funcionaris públics i derivat del seu deure genèric de control de legalitat dels actes i negocis que autoritzen, els notaris han de denegar l'autorització del préstec o crèdit amb garantia hipotecària quan aquest no compleixi la legalitat vigent i, molt especialment, els requisits que preveu aquesta llei.» I al segon paràgraf estableix alguna cosa semblant per a la qualificació del registrador, però això és un altre tema. Per descomptat, **aquest precepte té una gran transcendència, per un seguit de raons: perquè té rang de llei, com demana el TS, perquè és posterior a la sentència de 2008, perquè consagra clarament amb caràcter general un «deure genèric de control de legalitat» notarial, i perquè se'n deriva clarament el deure d'abstenció.**

És cert que, pel que fa a aquest últim aspecte, la sentència comentada va dir que de manifestacions concretes del deure d'abstenció no es pot derivar un principi general, però aquí hi ha quelcom més, un nexa, una conseqüència necessària del control de legalitat genèric respecte del deure d'abstenció. En fi, aquest és l'estat de la qüestió: no està en absolut fora de lloc que des de les instàncies corporatives competents se segueixi insistint en un reconeixement legal de caràcter general del deure d'abstenció derivat del control de legalitat, però deixant clar que aquest, en qualsevol cas, ja està reconegut, i que l'article 18.1 de la Llei 2/2009 és un agafall molt fort per a la plasmació general del deure d'abstenció.

Prevenició de blanqueig de capitals

La funció notarial s'ha vist molt afectada, en pocs anys, per tota la normativa sobre blanqueig de capitals. Aquest és un fenomen general, que concerneix altres operadors jurídics i econòmics, però probablement cap altre ha vist tan alterats els vectors de la seva actuació. Ja sabem que el notari llatí, de què l'espanyol és un exemple paradigmàtic, es caracteritza pel seu caràcter mixt, de professional del dret i de funcionari públic de manera indissociablement unida. Doncs bé, per dir-ho gràficament, **avui a Espanya el notari ha de complir una sèrie d'obligacions formals superiors tant a les d'altres professionals del dret com a les de la resta de funcionaris.** Aquesta afirmació pot resultar sorprenent, però és rigorosament certa. Aquesta circumstància afecta en gran mesura els notaris en el seu exercici professional, però, el que és més important, sobretot afecta els ciutadans que sol·liciten l'exercici de la seva funció.

Ja durant el mandat de l'anterior Consell (Presidència Marqueño), **es va fer un salt qualitatiu molt important amb l'aprovació de la Llei 36/2006, de 29 de novembre, que va modificar substancialment els articles 17 i 24 de la Llei del Notariat,** quan crea el Nou Índex Únic Centralitzat al Consell General del Notariat per col·laborar amb les administracions en la lluita contra el frau i, sobretot, quan faculta l'Administració Tributària per accedir telemàticament de manera directa al contingut d'aquest. En la mateixa línia, **l'Ordre EHA 114/2008 va anar més enllà de la llei de 2003 i va ampliar el règim de subjecte obligat del notari pel que fa a la normativa de blanqueig de capitals** a «qualsevol forma de participació dels notaris en els actes i negocis» (i no només quan actua per compte dels seus clients com la resta de professionals, com havia passat fins al moment), a més de suposar aquesta última normativa un canvi molt rellevant pel que fa a la descripció i acreditació dels mitjans de pagament.

La recent Llei 10/2010 de Prevenció de Blanqueig de Capitals i Finan-

ment del Terrorisme, quan transposa la Directiva 2005/60, **ha consolidat la línia de l'Ordre de 2008,** quan estableix a l'article 2 la condició de subjectes obligats dels notaris en tot tipus d'actes en què intervinguin, la qual cosa, com afirmàvem abans, excedeix les obligacions de la resta de professionals, que només entren en joc quan actuen per compte dels seus clients i, a la vegada, excedeix també les obligacions de la resta de funcionaris, que només han de comunicar-ho quan perceben indicis de frau o delictes. La legislació actual provoca que el comú dels ciutadans que sol·liciten la intervenció del notari hagi de suportar, amb caràcter general i de manera indiscriminada, unes creixents indagacions i justificacions personals i documentals que, probablement, avui siguin ja excessives.

La nova regulació obliga especialment els notaris davant de la resta de professionals que només entren en joc quan actuen per compte dels seus clients i, a la vegada, davant de la resta dels funcionaris, que només estan obligats quan perceben indicis de frau o delictes

El problema s'agreuja perquè, a més, hi ha dubtes interpretatius importants de la normativa, molt especialment, en aquests moments, pel que fa a l'abast de l'obligació continguda a l'article 4 d'esbrinar el titular real del negoci jurídic. De moment, **des del Consell General del Notariat s'ha fet una interpretació expansiva d'aquesta normativa,** tant a través de les comunicacions de l'Òrgan Centralitzat de Prevenció que en depèn, com del Consell mateix, que ha aprovat una modificació molt important de l'Índex Únic, sobretot pel que fa a la determinació de les professions dels intervinents i la descripció dels mitjans de pagament, que implica un nou salt endavant i **suposarà, amb caràcter general, per a particulars i empreses, el compliment de tota una**

sèrie d'obligacions d'informació molt exhaustives i incòmodes.

Des del meu punt de vista, crec que ha arribat el moment que les autoritats espanyoles reflexionin sobre l'eventual conveniència de reorientar l'evolució d'una legislació que, a part de donar un caire a la funció notarial que li és estrany, sobretot podria acabar entrant en contradicció amb drets preferents dels ciutadans, com el dret a la intimitat i a la presumpció d'innocència. El notariat està molt orgullós i satisfet de col·laborar en la lluita contra el blanqueig i el frau amb l'Administració, però probablement se'ns ha anat a tots una mica la mà. El Reglament que haurà de desenvolupar la llei serà una bona oportunitat per aclarir totes les incertituds i reconduir aquesta matèria als seus termes justos.

Aranzels

Pocs dies abans de celebrar-se les eleccions a tots els col·legis de notaris, el 16 de novembre de 2008, va transcendir que la mesura 22 abans esmentada de l'Ordre PRE 2424/2008, de 14 d'agost, que proposava la rebaixa general del vint per cent dels aranzels notariais i registrals havia pres forma a mode de projecte de Reial Decret de data 10 de novembre, i estava a punt de ser aprovat. En plena crisi econòmica (i el que quedava per venir), si la norma s'hagués aprovat, els efectes sobre la majoria dels despatxos, ara es veu amb claredat, hagués estat catastròfica. Hi va haver una mobilització general, i individual d'alguns notaris, també dels sindicats de treballadors de notaries i registres, i, finalment, es va imposar el sentit comú i el Govern va paralitzar la mesura.

L'aranzel notarial, aprovat pel Reial Decret 1426/1989, de 17 de novembre, ha estat objecte de rebaixes reiterades, algunes de tan importants, entre les recents, com la de la Llei 41/2007, de 7 de desembre, que va declarar per als notaris, de manera una mica sorprenent, documents sense quantia les subrogacions, novacions i cancel·lacions d'hipoteca, quan, en canvi, la seva responsabilitat civil s'incrementa progressivament en



funció de la quantia del negoci autoritzat, la qual pot arribar a assolir nivells molt elevats. **Segurament no hi ha cap precedent de cap altra professió que durant més de vint anys no hagi vist actualitzada la seva remuneració**, i no només això, sinó que hagi patit un total de més de trenta rebaixes en el seu aranzel, en un procés de laminació d'aquest que sembla no tenir fi.

Els notaris ens sentim plenament solidaris amb el conjunt de la societat espanyola i som conscients que en aquests moments no és oportú fer una revisió general de l'aranzel, tot i que en algun moment s'haurà d'abordar de manera ineludible

En honor a la veritat, aquesta realitat va estar maquillada durant els anys del boom econòmic. Avui, tanmateix, es mostra en tota la seva cruesa, ja que són molts els despatxos que passen per fortes dificultats, fins i tot per pèrdues, en alguns casos, i els notaris estan fent un gran esforç per mantenir l'estructura econòmica i personal de les seves ofícines. Els notaris ens sentim plenament solidaris amb el conjunt de la societat espanyola i som conscients que en aquests moments no és oportú fer una revisió general de l'aranzel, tot i que en algun moment s'haurà d'abordar de manera ineludible. Tanmateix, **sí que resulta urgent com a mínim actualitzar-lo a l'increment del cost de la vida i, especialment, millorar la condició dels documents sense quantia** (testaments, poders, actes), que moltes vegades estan per sota del cost mitjà ponderat del do-

cument, és a dir, té un preu tan irrisori que no cobreix ni el cost material de la seva elaboració, cosa que, en definitiva, degrada el valor i la dignitat de la pròpia funció notarial.

El pitjor, amb tot, és que **en els dos últims anys ha seguit de manera continuada el mateix procés de rebaixes reiterades i constants de l'aranzel**. El Reial Decret Llei 8/2010, de 20 de maig, de mesures per a la reducció del dèficit públic, va rebaixar amb caràcter general un cinc per cent l'aranzel notarial i registral, mesura que es va percebre com a injusta, atès que el col·lectiu no té res a veure amb el dèficit públic en la mesura que els notaris sostenim íntegrament l'estructura dels nostres despatxos sense cap cost per a l'Estat. Encara més, l'abans esmentat Reial Decret Llei 13/2010 preveu unes fortes rebaixes dels honoraris en la constitució de societats, mesura que, sens dubte, tindrà un impacte molt fort. En fi, el més probable és que corporativament no ens haguem sabut explicar, però per això mateix cal dir-ho com més clar i fort millor, i en totes les instàncies on sigui necessari: **en el tema aranzelari hem arribat al límit. Ja no podem més.**

Finalment, de l'anàlisi global de tot aquest quadre general del període examinat (sense entrar en qüestions internes corporatives), es poden extreure **diverses conclusions bàsiques**: avui es perceben dos grans problemes de fons pel que fa a la funció notarial, que, **en primer lloc, són les pressions desreguladores que pretenen socavar la presència del document públic i del notari, procedents d'Europa en gran mesura**, però que compten també amb recolzaments rellevants i influents de la societat espanyola, en una conjuntura que, curio-

sament, semblava inclinada al contrari, i, **en segon lloc, la falta de resolució i clarificació definitiva d'algunes qüestions importants no delimitades suficientment** i que ja fa diversos anys que es debaten amb força en el si del sistema de seguretat jurídica preventiva.

Aquests dos problemes, que tenen un cert caràcter estructural, estan facilitant la proliferació d'una legislació que afecta molt directament la professió notarial en un doble sentit: maximització de les obligacions formals dels notaris en matèria de col·laboració en la lluita contra el blanqueig i el frau, fins al punt de fer grinyolar alguns dels principis essencials de la funció, a més de comportar certa tendència invasiva dels drets dels ciutadans, i erosió reiterada i excessiva sobre l'aranzel, amb contínues rebaixes, que podrien arribar a posar en perill l'estructura de l'oficina notarial, fenòmens que, aparentment, per activa o per passiva, està assumint (erròniament, al meu parer) la direcció notarial com a mal menor davant dels problemes de fons.

Tot això provoca, a la vegada, dos efectes molt greus: una fractura interna cada vegada més gran (que s'explica també per altres factors), ja que no hi ha, ni hi pot haver, consens intern per seguir una política corporativa d'aquestes característiques, i, **al seu torn, una fractura en el si del sistema de seguretat jurídica preventiva**, que deriva en unes friccions amb el col·lectiu de registradors que està posant cada vegada més en perill la viabilitat del sistema. En fi, és inqüestionable que els notaris avui estem pitjor que fa dos anys. Seria, tanmateix, un error caure en el fatalisme: **les coses van així, però perfectament podrien anar d'una altra manera.**

Pòrtic (sobre el Llibre II del Codi Civil de Catalunya)

Més enllà dels punts discutibles que conté, com qualsevol altre dels Llibres del Codi Civil de Catalunya o qualsevol altre codi del món, el recentment aprovat Llibre II representa un pas endavant en la modernització i l'actualització del Dret Civil català.

ANTONI VAQUER ALOY

*Catedràtic de Dret Civil de la
Universitat de Lleida*

La Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, i que entra en vigor el dia 1 de gener de 2011, ultra la modernització del dret de família que suposa i que tractaré de sintetitzar més endavant, caldria que significués un punt i seguit en el procés de codificació del

dret civil català. En primer lloc, perquè amb l'aprovació del Llibre II del Codi Civil de Catalunya s'acaba una primera etapa en la redacció del nostre Codi Civil, caracteritzada per l'existència prèvia d'un cos normatiu d'importància que n'ha constituït el punt de partida. En efecte, el Llibre II té com a antecedent el Codi





de Família i la Llei d'Unions Estables de Parella, mentre que el Llibre VI, l'únic que ara resta pendent per a completar, manca d'aquesta base, ja que tot just existeixen les normes en matèria de rescissió per lesió i de venda a carta de gràcia a la Compilació i unes poques Lleis especials (pensions periòdiques, cessió de finca a canvi de construcció futura, contractes de conreu) que no cobreixen, ni de bon tros, ni tots els contractes especials ni, en particular, una teoria general de l'obligació i del contacte. En segon lloc, és el primer dels Llibres del Codi Civil de Catalunya que només s'aprova amb els vots dels partits que han donat suport al govern en aquesta passada legislatura i sobre el qual s'ha hagut de pronunciar amb caràcter previ el Consell de Garanties Estatutàries. Òbviament, aquest fet no li lleva gens de legitimitat democràtica, però sí que palesa que el nostre dret civil ha estat objecte de controvèrsia i que el consens no ha estat possible, i pot dibuixar una ombra sobre l'estabilitat que requereix tot Codi; estabilitat que, no obstant, no ha de constituir cap obstacle perquè el Codi de Catalunya sigui depurat de contradiccions i omissions, i en aquest sentit cal lamentar que l'avantprojecte preparat a l'Observatori de Dret Privat de Catalunya de reforma del Llibre Cinquè en matèria de propietat horitzontal no hagi reeixit.

**Poc o molt, totes les institucions
ja regulades del dret
de família i de la persona
experimenten modificacions
i, a més, se n'introdueixen
de noves**

Deia abans que el Llibre II suposa una modernització molt important del dret de família. En efecte, poc o molt, totes les institucions ja regulades del dret de família –i de la persona, ja que el Llibre II regula ambdós– experimenten modificacions i, a més, se n'introdueixen de noves. És nou tot el Títol I, dedicat a la personalitat civil i a la capacitat. D'acord amb l'art. 211-1.2, la personalitat i, per

consegüent, la capacitat jurídica s'adquireixen des del moment del naixement; a continuació, l'art. 211-2, per al supòsit de commorència, estableix que "la crida a una successió o la transmissió de drets a favor d'una persona que depenen del fet que hagi sobreviscut a una altra només tenen lloc si aquella ha viscut almenys setanta-dues hores més que la persona a qui havia de sobreviure". La justificació que dóna el preàmbul de la Llei 25/2010 per a aquesta darrera norma és la següent: "Es pretén eliminar els problemes de prova que aquestes situacions solen plantejar. Alhora, aquesta regla és més respectuosa amb la voluntat del causant que volia afavorir una determinada persona i no pas els hereus d'aquesta". La primera part de l'argumentació és certa, per bé que no sempre eliminarà de soca-rel tots els problemes probatoris –pensem en un naufragi o un accident d'avió– i, no gensmenys, no elimina el dubte de per què 72 hores i no 48 o 96. La segona part de l'argumentació no passa de ser una mera suposició sense base empírica. En tot cas, no deixa de sobtar el diferent tractament d'una situació prou semblant: mentre que el nadó en té prou amb nèixer viu per heretar del seu pare que mor mentre acut des de la feina a l'hospital per acompanyar la mare al part, el fill que viatja amb la seva mare en automòbil i pateixen un accident haurà de sobreviure 72 hores a la mare a fi de succeir-la. Cal notar que "commorència" només apareix a la rúbrica de l'article, però no al text d'aquest, que recorda molt més una norma de capacitat successòria. Una valoració molt més positiva mereix el reconeixement de la capacitat d'obrar dels menors, d'acord amb la seva edat i capacitat natural, de realitzar aquells actes jurídics relatius a béns o serveis propis de la seva edat, d'acord amb els usos socials. El legislador ha pres nota de la realitat social en què els menors realitzen sovint actes jurídics, com ara la compra de llaminadures, de música, de jocs d'ordinador, de roba, i aquesta remissió als usos socials és prou ampla com per contenir no només el tipus d'actes sinó també la seva importància econòmica, que no només varia amb l'edat sinó també amb l'estatus socioeconòmic

de la família o l'entorn del menor. També amb bon criteri, el capítol II del títol I regula l'autonomia de la persona en l'àmbit de la salut, i enllaça amb els càrrecs de protecció de la persona ja que els pot correspondre l'adopció de les decisions en aquest àmbit en exercici de les seves funcions tutelars, tot prestant una atenció especial al document de voluntats anticipades i a l'internament.

Les institucions de protecció de la persona són l'objecte del títol II del Llibre II. Als càrrecs de protecció tradicionals que es regulaven al Codi de Família se n'hi ha afegit un de nou, l'assistència, a banda de les reformes legislatives que han sofert altres de les institucions protectores. El principi que regeix la regulació és que la incapacitació de la persona és una mesura extrema, en tant que suposa la restricció de la capacitat d'obrar, a banda de la constatació que moltes famílies tenen recança a incapacitar judicialment els seus familiars malgrat que estiguin afectats per una causa d'incapacitació. Aquesta lloable intenció, però, s'ha traduït en una acumulació de càrrecs de protecció de la persona la delimitació dels quals no sempre resulta fàcil. Així, per exemple, l'art. 225-3.2 preveu que, de manera excepcional, el jutge pugui conferir amb caràcter estable al guardador de fet les funcions tutelars que venia desenvolupant sense disposar de nomenament, sempre que ho demanin "aquelles persones", expressió que, en el context del precepte, només es pot referir a les "persones que estiguin en potestat parental o guarda". Alhora, i a petició de la persona que pateix una disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques que necessita ajuda per tenir cura de si mateixa o dels seus béns, el jutge ha de nomenar un assistent, d'acord amb l'art. 226-1. La mateixa situació, doncs, pot donar lloc a la intervenció de dos càrrecs distints, el guardador de fet i l'assistent, que d'alguna manera comparteixen el caràcter subsidiari, ja que el guardador de fet suposa que no existeix càrrec institucional de protecció o que aquest no desenvolupa les seves funcions o no les desenvolupa correctament i l'assistent no s'ha



de nomenar si la persona assistida ja ha previst l'eventualitat i ha atorgat poders preventius. D'altra banda, precisament en la regulació de l'assistent s'utilitza el verb "intervenir" a fi de descriure les seves funcions protectores, però en cap moment s'aclareix què significa, amb relació a una persona que no està incapacitada i a la qual se li reconeix que segueix, conseqüentment, essent hàbil per a administrar els seus béns (art. 226-2.3 fi). I, a més, els actes realitzats per la persona assistida sense aquesta intervenció esdevenen anul·lables, malgrat que els contorns de la intervenció no estan prou definits i, sobretot, que estem davant d'una persona amb capacitat d'obrar com demostra que pugui impugnar ella mateixa aquests actes sense intervenció de l'assistent (art. 226-3). Aquestes són dues de les institucions protectores que no han de comportar la incapacitació de la persona, i que no regiran si aquesta, com ja s'ha anunciat, ha fet ús de la possibilitat que li confereix l'art. 222-2 d'atorgar un poder en previsió de la seva futura impossibilitat d'autogovernar-se. El legislador català, doncs, incorpora aquesta figura del poder preventiu, que no suposa sinó que la incapacitació no extingeix el poder de representació, ans al contrari, que l'atorgant apodera algú precisament en contemplació de la seva futura manca de capacitats volitives, de manera que es complementa l'autotutela amb la facultat no només de designar-se tutor en cas d'incapacitació, sinó també d'evitar la pròpia incapacitació mitjançant el nomenament d'un representant voluntari en previsió que més endavant es perdi la capacitat de discerniment.

Les institucions de protecció s'estenen als pròdigs, que reben sotmesos a curatela, d'acord amb l'art. 223-1.c). Els art. 223-4.3 i 224-1-c) semblen assimilar la prodigalitat a una incapacitat relativa, però en cap moment es defineix què és la prodigalitat, la qual cosa és una mancança rellevant en un Codi Civil que preveu alguns efectes jurídics per determinades persones a les quals es limita, doncs, a anomenar pròdigs, però sense que el mateix Codi aclareixi qui són aquestes persones, la qual cosa afavoreix que

l'aplicador hagi de buscar el concepte i els pressupòsits d'aplicació de la institució en una norma que no sigui catalana.

La darrera novetat a destacar en aquest àmbit la constitueix el patrimoni protegit de les persones discapacitades o dependents (art. 227-1 i seg.). És la versió catalana parcial de la institució del trust que el legislador català no ha gosat regular de manera sistemàtica, tot i l'elaboració de diversos avantprojectes al si de l'Observatori de Dret Privat. És un patrimoni sobre el qual ningú no té un dret real, sinó només l'administració ordenada a la satisfacció de les necessitats vitals del beneficiari, que ha de ser algú amb discapacitat psíquica igual o superior al 33%, amb discapacitat física o sensorial igual o superior al 65% o en situació de dependència de grau II o III. El patrimoni resta afectat a la satisfacció de les necessitats vitals del beneficiari, no respon de les obligacions d'aquest, ni tampoc de les del constituent o de qui hi va fer aportacions, sens perjudici que, com tot acte a títol gratuït, esdevingui inoposable als creditors del constituent o dels aportants si perjudica els seus drets de crèdit d'acord amb l'art. 531-14.

Pel que fa a la família, el legislador català comença reconeixent la seva heterogeneïtat (art. 231-1). És veritat que el concepte de família ha variat profundament en els darrers anys i el Codi Civil de Catalunya intenta fer-se ressò d'aquests canvis. No obstant, en algun aspecte ha mancat valentia. Un exemple evident és el de la custòdia compartida, terme que el nostre legislador –a diferència d'altres legisladors autonòmics– ha intentat esquivar anomenar tot invocant els plans de parentalitat i afirmant que la responsabilitat parental, en la mesura que sigui possible, s'ha d'exercir conjuntament (art. 233-8.1). L'art. 233-11.3, amb bon criteri, disposa que no es pot atribuir la guarda al progenitor contra el qual s'hagi dictat una sentència ferma per actes de violència familiar o masclista; aquesta mateixa previsió s'enyora en matèria de prestació compensatòria, en què no es preveu que qui ha comès actes de violència masclista hagi de quedar exclòs de la

possibilitat de rebre la prestació, malgrat que des del punt de vista del desequilibri patrimonial que li comporti la separació o el divorci compleixi els requisits per a ser-ne creditor. Tant la responsabilitat i la potestat parental com la prestació compensatòria denoten l'atracció per donar una nova denominació a institucions prou conegudes.

El concepte de família ha variat profundament en els darrers anys i el Codi Civil de Catalunya intenta fer-se ressò d'aquests canvis. No obstant, en algun aspecte ha mancat valentia

En aquest reconeixement de l'heterogeneïtat del fet familiar destaca positivament la contemplació de la família reconstituïda en les relacions amb els fills i, en conseqüència, es reconeix el paper del cònjuge o parella estable del progenitor. Així, el cònjuge o convivent en parella estable del progenitor que en cada moment té la guarda del fill té dret a participar en la presa de decisions sobre els assumptes relatius a la seva vida diària, si bé preval en cas de discrepància el criteri del progenitor, i en cas de risc imminent per al menor pot adoptar les mesures necessàries, de les quals ha d'informar amb immediatesa als dos progenitors (art. 236-14). A més, l'autoritat judicial, amb l'informe del ministeri fiscal, pot atribuir excepcionalment la guarda i les altres responsabilitats parentals al cònjuge o convivent en parella estable del progenitor difunt si l'interès del fill ho requereix, sempre que hagués hagut convivència prèvia amb el menor i havent d'escoltar l'altre progenitor i el propi menor (art. 236-15).

En matèria de règim econòmic, el règim legal supletori segueix essent el de separació de béns (art. 231.10.2). Catalunya, així, segueix essent un dels pocs països en l'àmbit comparat on la separació de béns és el règim legal. No obstant, no és fàcil defensar que el rè-



gim legal segueixi essent la separació de béns, atesa la reforma decisiva que ha sofert la compensació econòmica per al cònjuge que ha treballat substancialment més per a la casa. I és que l'art. 232-5.5 estableix que en cas d'extinció del règim de separació per mort, el cònjuge supervivent pot reclamar la compensació econòmica per raó de treball com a dret personalíssim, sempre que els drets que el causant li hagi atribuït, en la successió voluntària o en previsió de la seva mort, o els que li pertoquin en la successió intestada, no cobreixin l'import que li correspondria. Per consegüent, en qualsevol cas d'extinció del matrimoni, sigui en vida d'ambdós cònjuges amb motiu d'una crisi, sigui per la mort d'un d'ells, si es compleix el requisit de la diferència d'increment de patrimoni –per a la qual s'inclou la regla específica de l'art. 232-6–, el cònjuge menys afavorit tindrà dret a una compensació econòmica que, potser com a mesura de contenció, té ara el topall de la quarta part de l'increment, llevat que el cònjuge creditor provi que la seva contribució ha estat notablement superior, supòsit en què l'autoritat judicial la pot incrementar. La separació de béns, doncs, s'aproxima al règim de participació en els béns de manera notable, en la mesura que sempre que hi hagi desequilibri patrimonial a l'extinció del matrimoni hi haurà dret a la compensació i pel mateix recurs que es fa a la comparació dels respectius increments patrimonials. Cal notar, encara, una altra novetat en tema de compensació econòmica, com és la facultat de reduir donacions i atribucions a títol particular atorgades en pacte successori durant la vigència del règim quan el cònjuge deutor no té béns suficients per a satisfer-la.

Alhora, s'amplia la llibertat dels cònjuges per preveure les conseqüències econòmiques de la crisi matrimonial o de parella estable. L'art. 231-20 regula amb detall els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial, que es poden atorgar tant un cop contret el matrimoni com amb caràcter prenupcial, en capítols matrimonials o en una escriptura pública. En principi, no hi ha límit quant al contingut d'aquests pactes, la qual cosa suposa que

es pot renunciar a la prestació compensatòria o a la compensació econòmica, sempre que sigui amb caràcter recíproc. A fi d'evitar el mal ús d'aquesta llibertat de pacte, es posa l'èmfasi en la càrrega d'informació, que pesa tant sobre els cònjuges –qui pretengui fer valer un pacte en previsió d'una ruptura matrimonial té la càrrega d'acreditar que l'altra part disposava, en el moment de signar-lo, d'informació suficient sobre el seu patrimoni, els seus ingressos i les seves expectatives econòmiques– com sobre el notari, que ha d'informar per separat cadascun dels atorgants sobre l'abast dels canvis que es pretenen introduir amb els pactes respecte al règim legal supletori. Només es contempla com a causa d'ineficàcia dels pactes la concurrència de dues eventualitats: que el seu compliment sigui greument perjudicial per a un dels cònjuges i que, a més, hagin sobrevingut circumstàncies rellevants que no es van preveure ni es podien raonablement preveure en el moment en què es van atorgar. Addicionalment, l'art. 233-5.1 afegeix que l'acció per a exigir el compliment d'aquests pactes es pot acumular a la de nul·litat, separació o divorci i es pot demanar que s'incorporin a la sentència, i que també es pot demanar que s'incorporin al procediment sobre mesures provisionals perquè siguin recollits per la resolució judicial, si escau. Els pactes també poden ser posteriors a la ruptura, tant en el cas de parelles casades (art. 233-5) com de parelles estables (art. 234-6), però són observats amb major desconfiança, i per això si s'han adoptat sense assistència lletrada es poden deixar sense efecte en els tres mesos següents a la seva adopció, i si toquen aspectes de la guarda i dels aliments dels fills menors la seva eficàcia resta supeditada a l'interès d'aquests fills.

La llibertat de pacte dels cònjuges es manifesta, a més a més, en seu d'exercici de la potestat parental i de la parella estable. Quant a la potestat parental, s'admet el pacte de distribució de funcions o l'exercici per un dels progenitors i també en cas de vida separada, amb la rellevància que aleshores pren el pla de parentalitat. Quant a la parella estable

–denominació que substitueix la d'unió estable de parella–, també regeix entre els membres la llibertat de pacte amb relació al règim jurídic que els és aplicable durant la convivència, a banda dels pactes en previsió de ruptura a què ja m'he referit. De la regulació de les parelles de fet cal subratllar la progressiva aproximació al règim de les parelles casades, fet que mostren les remissions a la normativa de matrimoni que sovintegen en l'articulat (per exemple, en matèria de disposició de l'habitatge conjugal, de les compres amb pacte de supervivència, els ja esmentats pactes en previsió de ruptura, els acords després de la ruptura, l'exercici de la guarda, l'ús de l'habitatge, la compensació econòmica, o la prestació alimentària). Per això sobta que s'hagi introduït un termini de prescripció per a reclamar la pensió compensatòria distint si la pretensió a la compensació econòmica és entre cònjuges o entre convivents, tres anys en el primer cas (art. 232-11.2) i un any en el segon (art. 234-13); certament, el dies a quo no és el mateix en els dos casos i en el supòsit dels cònjuges es refereix únicament al supòsit de l'extinció del règim de separació de béns per la mort d'un dels cònjuges, però això no crec que justifiqui un termini prescriptiu tan diferent.

En matèria de règim econòmic, el règim legal supletori segueix essent el de separació de béns. Catalunya, així, segueix essent un dels pocs països en l'àmbit comparat on la separació de béns és el règim legal

Òbviament, la pretensió d'aquest pòrtic no és assenyalat totes les novetats que incorpora el Llibre II del Codi Civil de Catalunya, sinó únicament fer una breu referència a les més destacades a criteri de qui l'escriu. Per això voldria fer esment, ja per acabar aquest repàs, d'una modificació del Llibre V que es conté a la Disposició Final tercera, apartat 3, que dóna nova redacció a l'art. 531-15.2: "Les donacions oneroses únicament són



revocables per incompliment de càrregues.” No és fàcil endevinar el perquè d’aquesta modificació, ja que només hi havia l’esment a la redacció original de les donacions en capítols matrimonials que es pogués relacionar amb el dret de família. La nova redacció implica la variació del règim de les donacions remuneratòries, que ara seran revocables per les causes generals de revocació de les donacions, i introduir un concepte aliè al Llibre V com és el donació onerosa; només si acudim als art. 222-43.1.e i 236-27.1.e podem concloure que donació onerosa és sinònim de donació modal, concepte aquest que sí trobem a l’art. 531-18.

No es pot silenciar el manteniment d’institucions tradicionals que potser requeririen un debat assossegat sobre si la seva pervivència és o no necessària, com el pacte de convivència o mitja guanyeria, en desús de fa molt de temps, o l’any de viduïtat

Tampoc no es pot silenciar el manteniment d’institucions tradicionals que potser requeririen un debat assossegat sobre si la seva pervivència és o no necessària. Hom pot citar el pacte de convivència o mitja guanyeria, en desús de fa molt de temps, o l’any de viduïtat. Aquest benefici vidual, continuador del

secular any de plor, només s’explica avui per una acumulació de drets a favor del cònjuge supervivent que no és satisfactòria, atès que el dret comparat ens mostra com el cònjuge o el convivent esdevé l’eix central del dret de successions, i solament aquesta superposició de drets de poca entitat (el dret al parament de la llar i l’any de viduïtat, la quarta vidual, ara la compensació econòmica també en el cas de l’extinció del règim de separació de béns per la defunció d’un dels cònjuges) que periòdicament pateix algun retoc permet explicar que a cada reforma legislativa (vegeu el preàmbul de la Llei 10/2008 per la qual s’aprova el Llibre IV sobre les successions) s’afirmi que es millora la posició del cònjuge supervivent. Un debat pacient hauria d’emmenar a una reforma en profunditat de la posició del cònjuge o del convivent en la successió de l’altre que reduís, tot dotant-los de més potència, el nombre de beneficis viduals.

Des del punt de vista del notariat, el Llibre II aporta una munió d’actes en què cal la intervenció del notari mitjançant l’atorgament d’escriptura pública: l’emancipació per consentiment del menor d’edat, els poders en previsió de la pèrdua de capacitat, la delació de la tutela, la constitució del patrimoni protegit de les persones discapacitades i dependents, els pactes en previsió de ruptura matrimonial o de parella estable, els capítols matrimonials, el pacte de règims econòmics diferents de la separació de béns, la constitució o l’extinció d’una parella estable, el reconeixement

de la filiació no matrimonial, el consentiment per a la constitució de l’adopció, els poders per a l’exercici de la potestat parental i els acords de delegació o distribució de funcions, l’autorització alternativa a la judicial d’actes relatius als fills menors d’edat, la constitució de relacions convivencials d’ajuda mútua. Alguns d’aquests supòsits són novetat en el dret civil català, i els notaris han de tenir un paper determinant en el seu desenvolupament pràctic.

El Llibre II, més enllà dels punts discutibles que conté com qualsevol altre dels Llibres del Codi Civil de Catalunya i de qualsevol altre codi del món, representa un pas endavant en la modernització i l’actualització del nostre dret civil. Que aquest pas endavant es consolidi dependrà de la seva aplicació pràctica i del seu estudi científic. Una aplicació esbiaixada del millor dret el pot convertir en un llast, mentre que una aplicació enraonada d’un dret de poca qualitat tècnica pot resoldre la majoria de qüestions. En aquests moments, el volum de nova legislació de dret civil català no guarda cap mena de proporció amb el magre nombre de publicacions –monografies, comentaris, articles de revista– que el fan objecte de recerca. La contribució del notariat ha de ser fonamental. Per un costat, com deia, amb l’aplicació quotidiana de les institucions regulades. Per l’altre costat, amb el renovat impuls que des d’aquesta revista degana, LA NOTARIA, es doni als estudis sobre el Dret Civil català, en particular al Llibre II de Dret de la persona i de la família.

Desjudicialitzar: el repte d'una societat civil madura i democràtica

El document final de la Comissió de treball d'assessorament sobre desjudicialització en l'àmbit civil, elaborat en el si del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, analitza els canvis que cal introduir a la configuració del sistema judicial i en el seu funcionament per impulsar l'autocomposició de divergències.

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Catedràtic de Dret Processal
Universitat Pompeu Fabra

En aquest número de LA NOTARIA es publica el document final de la Comissió de treball d'assessorament sobre desjudicialització en l'àmbit civil (Barcelona, abril 2010), elaborat en el si del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya.

El document en qüestió és, en la meua opinió, un document sensat i pragmàtic, que aborda un tema susceptible d'aixecar passions trobades amb una immensa dosi de sentit comú. Al mateix temps, la perspectiva de què parteix és global, és a dir, no se circumscriu a un sector particular o d'interès exclusiu per a un grup determinat d'interessats. La qüestió s'aborda en els seus diversos components, en tots els escenaris en què té reflex, fent un diagnòstic molt valuós de la situació real i deixant entreveure en el seu rerefons molt

més del que diu el text. No és freqüent trobar-se amb aquest tipus d'anàlisis independents en el marc de les institucions públiques, per la qual cosa cal saludar

amb esperança aquest tipus de propostes constructives. A les línies que hi ha a continuació pretenc subratllar algunes circumstàncies relatives a la filosofia de





base de perquè desjudicialitzar és la tasca sensata que ens exigeix la societat civil actual.

El quid de la qüestió es planteja clarament en el frontis mateix del document: la viabilitat d'una actuació legislativa encaminada a sostreure determinades activitats ara molt judicialitzades de l'àmbit judicial en què es produeixen. Dit així, descarnadament, sembla que s'estaria pretenent un espoli en tota regla de l'omnipresent i, aparentment, il·limitada promesa constitucional de tutela judicial efectiva. Davant d'una proposta de desfalc així, l'amenaça dissuasiva per no alterar l'estat ancestral de les coses passa freqüentment per invocar l'apocalipsi.

Una simple consideració de l'obvietat ens faria veure de seguida que el que promet la Constitució no és més –i no es poc– que la tutela judicial, quan s'usa, produeix o intervé, sigui efectiva. Això vol dir que el sistema judicial de protecció dels drets ha de ser eficaç en funció dels objectius per als quals està predisposat. Però el que no promet i el que, per descomptat, no exclou la Constitució és que hi hagi altres mecanismes de tutela igualment homologables constitucionalment, que no només no confronten amb el sistema judicial, sinó que poden sobreviure en la majoria dels casos completament al marge d'aquest, mantenint objectius coincidents o similars. D'altra banda, és perfectament conforme amb la Constitució, legislar en qualsevol matèria de forma que la més mínima incidència, discrepància, confrontació, punt de vista divergent o simple disceptació no aboquin sense més ni més en un escenari judicial i a desembeinar les espases o la destrall de guerra. Sigui quina sigui la filosofia jurídica de base que es professi, sembla que aquest tipus d'actuacions legislatives menys proclives a la confrontació a ultrança serien les que més beneficis reportarien als ciutadans i al propi Estat.

En els últims anys s'ha produït una espècie de sobrevaloració dogmàtica i idealització de la tutela judicial efectiva, que pesa com una llosa a l'hora de plantejar una proposta com la que fa el document. Això probablement té molt a veure amb el descobriment i reforç de moltes garanties constitucionals a base de reso-

lucions judicials. Aquestes troballes, promocionades com a conquestes, victòries o avançaments, titllades gairebé sempre de progressistes, han creat una aurèola publicitària de la tutela judicial que, en realitat, lamentablement, sobrepassa el que racionalment pot fer i que, tanmateix, alimenta les expectatives d'aquell qui fins i tot és conscient que no té raó. Fins i tot en aquests casos, la jaculatoria taumatúrgica de la tutela efectiva, que s'administra pròdigament en qualsevol actuació judicial que es preui, nodreix l'última esperança dels desnonats.

L'última volta de rosca produïda amb les reformes introduïdes a l'oficina judicial és l'exponent més ranci del que no s'ha de fer, per poc que es recuperi la racionalitat i el sentit comú que exigeix una bona gestió

Passada la pompa dels fasts i la gresca de les celebracions, el dia després ens descobreix una realitat que, òbviament, ens resistim a assumir. Sempre existirà un immens contrast entre les il·limitades aspiracions de justícia de qualsevol ciutadà i la realitat dels casos. La justícia, igual que la sanitat, la seguretat o qualsevol de la resta de valors reconeguts a la Constitució, també té els seus límits. Està clar, acostumat que l'oferta de justícia sigui predominantment per reparar greuges i desfer embolics, segons el pensament tradicional encara més estès, és difícil assumir que el resultat no sigui sempre l'esperat, que sigui raquític, mesquí, o que tardi molt. Tanmateix, això no és més que el que dona de si el sistema, tant des del punt de vista del seu propi enquadrament constitucional com des del punt de vista del seu funcionament. Com passa amb tots els que també anomenem poders de l'Estat, hi ha inevitables limitacions. En matèria de justícia són més cruels, perquè pugnen amb la idealització d'aquest valor, i potser per això les percebem com a més importants.

El legislador també ha sucumbit a aquest cant de sirenes, sobrevalorant la capacitat de resposta del sistema judicial

i traspasant-li molts problemes que allà segueixen enquistats. El personal fa, en definitiva, el que pot i fins i tot es pot dir que s'escarrassa ultra vires. Però això no només no és suficient, sinó que moltes vegades se'ls fa cremar les energies en l'obsoleta burocràcia de les regles procedimentals heretades del segle XIX, i fins i tot d'abans, per més que alguna de les lleis d'ejudiciar hagi canviat la pell amb l'inici de segle. En aquest punt, l'última volta de rosca produïda recentment amb les reformes introduïdes a l'oficina judicial és l'exponent més ranci del que no s'ha de fer, per poc que es recuperi la racionalitat i el sentit comú que exigeix una bona gestió.

En aquest context les idees que promou el document analitzat són un cop d'aire fresc sobre els canvis que cal introduir en la configuració del sistema judicial i en el seu funcionament. L'objectiu, però, no ha de ser desjudicialitzar per descarregar el sistema de l'excés d'assumptes. La reforma té una profunditat molt superior: desjudicialitzar és un excel·lent símptoma d'una societat civil madura, que té alternatives que no inciten necessàriament a fer ús del sistema judicial. Les eines estan prou testades segons l'estat de la ciència i els operadors jurídics estan sobradament preparats per assumir parcel·les d'activitat, que no només no haurien d'acudir a l'assistència primària del sistema judicial, sinó que, en molts casos, ni tan sols haurien d'arribar a aquest escenari. Es tracta per tant de racionalitzar i reorganitzar millor els programes legislatius en matèria jurídica, d'acord amb el grau de maduresa assumit per la societat civil. Certament, un dels efectes que també s'hauria de produir és la descàrrega del sistema judicial en el nombre d'assumptes i, per tant, l'alliberament de recursos materials i personals per a actuacions de més importància.

Per a aquest propòsit, el primer que ha de fer el legislador és deixar d'incentivar el consum de justícia estatal. No es pot publicitar l'augment del nombre de casos amb la mentalitat del venedor que s'emociona davant de l'increment de la facturació per vendes. Ni el legislador, ni el poder judicial han d'aspirar a vendre més litigis, sinó precisament han d'esforçar-se



al màxim per reduir-ne dràsticament el nombre. L'objectiu comercial ideal seria que les xifres de casos marquessin clarament una tendència cap al zero. En aquest punt, determinats criteris burocràtics no han fet res més que inflar artificialment l'estadística d'assumpptes, per les raons més estranyes. Per a un ciutadà un assumpte no s'acaba fins que aconseguim el resultat a què aspira, per exemple, fins que s'embutxaca els diners que li deuen. És un únic assumpte, el "seu" assumpte. Tanmateix, per a l'oficina judicial, l'assumpte del ciutadà es trosseja artificialment en fases, amb canvi de numeració i increment de la xifra de facturació del sistema. L'exemple més dramàtic és l'execució que segueix a un judici declaratiu o a un de monitori sense oposició, que es torna a numerar sense cap pudor, com si es tractés d'un cas nou. Aquest tipus de comptabilitat falseja els resultats del sistema i només contribueix a emascarar la desmesurada durada dels litigis o una productivitat del personal lligada essencialment a la manufactura de paper a preu fet. Això no té res a veure amb la solució real de l'assumpte, per desgràcia del contribuent, i molt menys amb la gestió racional d'aquest.

En la situació actual, el pes real dels mitjans alternatius als litigis judicials és simbòlic, segons les estadístiques

Un cop orientada la publicitat institucional a reduir la xifra d'assumpptes judicials, com s'està fent, per exemple, en matèria de trànsit, el següent pas és fomentar els mitjans alternatius als litigis judicials. En la situació actual, el pes real d'aquests mitjans és simbòlic, segons les estadístiques. D'alguns amb prou feines hi ha rastre, la qual cosa converteix cada assumpte gairebé en una troballa. D'altres, tot just es comptabilitzen uns pocs centenars, que amb prou feines transcendeixen a l'opinió pública. La situació no deixa de ser paradoxal, sobretot si es té en compte que el sistema judicial no resulta molt ben valorat a les enquestes d'opinió. En casos així, caldria esperar una fugida d'assumpptes cap a altres vies, però les dades de què disposem no justifiquen aquesta tendència. Probablement, es troba a faltar

una millor campanya de divulgació i explicació d'aquests mecanismes alternatius i de prevenció perquè guanyin la quota de mercat que els correspondria en una societat moderna.

Veient com s'han prodigat les actuacions legislatives en matèria judicial i processal fins a l'actualitat, és obvi que és necessari un canvi radical de rumb

La promoció general dels mitjans alternatius s'ha de produir amb mires diferents de les que se solen prodigar. Si tractem de desjudicialitzar i d'impulsar l'autocomposició de divergències, ens hem de resistir a posar pedres al camí, recordant a cada pas l'existència d'una via judicial, brindant insistentment els seus terrenys de joc o mirant amb recel el que les parts poden fer per compondre-se per si soles. Aquest paternalisme ancestral amb què es ven la tutela judicial és una llosa tremenda en una societat moderna. Tothom sap que hi ha tribunals de justícia i té clar perquè han de servir. No cal recordar-ho cada vegada, i oferir gangues o cimbells per al seu ús. Desjudicialitzar és, abans que res, desincentivar els casos, matèries o comportaments, que insistentment invoquen el sistema judicial com a sinònim exclusiu de tutela. Per tant, un cop desjudicialitzada una matèria, es recupera la parcel·la de llibertat pròpia del que convencionalment s'anomena dret "substantiu". No necessitem un jutge de capçalera per sobreviure, ni és raonable un règim de llibertat jurídica vigilada judicialment. El ciutadà està prou suficientment avesat com per saber quan necessita recórrer a un jutge i el que espera és que estigui disponible, fresc i despert per actuar. A força de voler atipar-se de tutela efectiva, el sistema judicial s'ennuega i s'indigesta amb una freqüència inusitada. N'hi ha prou de recordar que és absolutament incapaç de complir el calendari, per molt bona voluntat que hi posi. En aquestes condicions, la promesa de tutela efectiva s'esfuma ràpidament, com pot comprovar el pobre ciutadà dia a dia.

A més de desregular l'excés de judicialització, cal insistir en altres mecanismes que no tenen res a veure amb la legislació processal o amb el sistema judicial o els mitjans alternatius i que s'obliden amb facilitat. Com deia abans, és un expedient còmode reenviar el problema als jutges i rentar-se les mans, com ha passat en molts casos, en la ment de tots. No n'hi ha prou. Cal abocar-se en polítiques socials de prevenció, minimitzant l'aparatositat dels mitjans més immediats per gestionar les causes que poden originar un conflicte. La política no ha de ser engreixar la controvèrsia, a la primera de canvi, sinó justament el contrari: actuar sobre el gra, abans que es converteixi en un tumor irreversible. En aquest punt, racionalment, també poden ser més idonis els mitjans alternatius més senzills, més amigables, fora d'un escenari judicial, que la posada en marxa de la imponent maquinària d'un procediment judicial, per senzill que en sembli el disseny. Pensem, sinó, en com hem burocratitzat i sobredimensionat en pocs anys una de les actuacions publicitades com a més senzilles per la llei processal: la sol·licitud d'un requeriment judicial de pagament mitjançant el judici monitori. Ens podríem preguntar si, en el context de la societat actual, hi hauria una altra manera menys aparatosa de fer-la, que tardi menys i amb el mateix abast? El document analitzat, com es pot comprovar, convida també a efectuar aquesta reflexió.

Veient com s'han prodigat les actuacions legislatives en matèria judicial i processal fins a l'actualitat, és obvi que és necessari un canvi radical de rumb. Una vegada més, crec que no és necessari invocar cap argument dogmàtic per promoure'l. Vull, això sí, apel·lar a la racionalitat i al sentit comú. Més enllà de les opcions personals legítimes de cadascun, probablement, descobrirem que hi ha una altra manera de fer millor les coses en benefici de tots. El document analitzat és una bona mostra d'això, perquè convida a la reflexió i marca un rumb sensat, obert a la discussió de les propostes i de les solucions més idònies en cada cas. Vulguin els fets que trobi un eco favorable i que es materialitzi en actuacions legislatives concretes en la direcció de retornar a la societat civil la major autonomia possible en el camp de la llibertat jurídica. Els ciutadans ho agrairan.

Per la importància que té, es publica íntegrament el document elaborat per la Comissió de treball d'assessorament sobre desjudicialització en l'àmbit civil, presidida pel magistrat Xavier Pereda Gámez, i impulsada des de la Conselleria de Justícia de la Generalitat de Catalunya, concretament des del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, dirigit per la també magistrada Roser Bach Pámies. Té una rellevància molt significativa, perquè es tracta d'un document de consens, per a la redacció del qual s'ha comptat amb la col·laboració dels diferents operadors jurídics en representació de les diferents institucions catalanes: alts representants de l'Administració, magistrats, notaris, registradors, advocats, procuradors i secretaris judicials. La Junta Directiva del Col·legi de Notaris de Catalunya es va implicar molt activament en aquest projecte, en el qual va estar representada pel director de **LA NOTARIA**, Ángel Serrano de Nicolás.

Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. DOCUMENT FINAL Comissió de treball d'assessorament sobre desjudicialització en l'àmbit civil

Barcelona. Abril de 2010

ÍNDEX

Membres de la Comissió

Límits a la solució judicial dels conflictes en l'àmbit civil i propostes de descongestió

1. Introducció
2. Procés, desjudicialització i tutela judicial efectiva
3. La fixació de les diferents funcions o competències professionals, com a pressupost de la desjudicialització
4. Propostes per a l'autocomposició dels conflictes
5. Les funcions dissuasives del litigi: la cultura jurídica, l'actuació administrativa i els límits de l'accés al procés i als recursos
6. Possibles millores en relació amb la definició de les competències decisòries
7. Mesures d'auxili i col·laboració per a l'exercici de la jurisdicció

8. La desjudicialització de les funcions de fixació jurídica
9. L'atribució de funcions de publicitat i seguretat jurídica
10. Conclusions i recomanacions finals

MEMBRES DE LA COMISSIÓ

President:

Sr. Xavier Pereda Gámez

Vocals:

Sr. Víctor Alegret Teijeiro
Sra. M. Rosa Blanch Domeque
Sr. Manuel Cachón Cadenas
Sr. Isidor García Sánchez
Sr. Jordi Navarro Bujía
Sr. Juan José Ortín Caballer
Sr. Jesús M. Sánchez García
Sr. Ángel Serrano de Nicolás

Secretària

Sra. Roser Bach Fabregó



Comissió de treball d'assessorament sobre desjudicialització en l'àmbit civil

LÍMITS A LA SOLUCIÓ JUDICIAL DELS CONFLICTES EN L'ÀMBIT CIVIL I PROPOSTES DE DESCONGESTIÓ

1. Introducció

Per Resolució JUS/3644/2009, de 15 de desembre, es crea la Comissió de treball d'assessorament sobre desjudicialització en l'àmbit civil (DOGC n. 5532, de 23 de desembre de 2009), amb la funció de redactar un document que contingui una descripció genèrica dels principis de la desjudicialització, per tal de millorar la situació actual de congestió dels jutjats i tribunals, una proposta concreta d'aquells àmbits en els quals es consideri adient aquesta actuació, i una proposició de modificacions legislatives en cas que es considerin necessàries per a la seva implantació.

La Comissió ha realitzat diverses reunions i aquest és el document final que presenta.

Cal constatar, en primer lloc, el valor del procés judicial com a eina democràtica de solució dels conflictes i, per tant, hem de partir de la base que per intentar definir els paràmetres per a una desjudicialització, s'ha de respectar el dret a la tutela judicial efectiva.

A partir d'aquesta constatació, hem intentat definir els principis que han de portar a una desjudicialització des de la definició de les funcions o competències jurídiques alienes a la funció jurisdiccional (assessorament, fixació jurídica, tramitació, avinença, etc.) com a pressupost de la reconducció de les competències judicials al seu estricte àmbit, que és l'àmbit decisor.

La part fonamental del treball inclou reflexions i propostes específiques de derivació de funcions a cadascun d'aquests àmbits i de millor definició de les competències respectives.

El document finalitza amb unes conclusions i recomanacions generals.

2. Procés, desjudicialització i tutela judicial efectiva

Hem de partir d'una afirmació irrenunciable: el procés judicial és un instrument vàlid per a la solució dels conflictes i és per això que la nostra Constitució proclama el dret fonamental a la tutela judicial efectiva.

Tanmateix, *a priori*, no hi ha, en la demanda de desjudicialitzar, una denúncia d'excessiva intromissió del poder de l'Estat, a través dels jutges, en la vida dels particulars.

La demanda de desjudicialització de la justícia civil i mercantil no es justifica tant en la denúncia d'excessos dels òrgans judicials com en la denúncia de l'excessiva càrrega de treball que suporten els tribunals. Quan sorgeixen veus favorables a la "desjudicialització" no ho fan sobre la base d'una excessiva "judicialització" de la vida social i econòmica (per la invasió judicial de la vida privada, social i política en tots els seus àmbits, per una "universalització" de l'ús del procés o per una "polítització" de la justícia), sinó per la "pressió de la feina", per la insuficiència de l'aparell judicial per atendre amb promptitud i eficàcia les demandes de justícia. Són aquestes carències les que porten a molts professionals i estaments a reclamar la dita desjudicialització.

Volem destacar el valor del procés, i definir què hem d'entendre per "desjudicialitzar", tot salvant el dret a la tutela judicial efectiva. Sols així les propostes de solució a la "sobresaturació" tindran una legitimitat constitucional.

a) El valor del procés judicial:

La defensa dels principis, els drets i els valors constitucionals i la tutela dels drets reconeguts en l'ordenament jurídic a les persones (i als grups) sovint exigeixen un control judicial. Aquest control minimitza la justícia de pròpia mà, afavoreix la pau social i contribueix a enaltir i propagar els drets fonamentals i els valors en què es fonamenta la nostra societat.

L'existència del procés i de la litigiositat no constitueix un mal social, sinó, ben al contrari, el reflex d'una forma ordenada i democràtica de solució dels conflictes, amb la intervenció de l'Estat. Sotmetre les disputes (civils, mercantils, i també laborals, administratives, penals) al poder arbitrador de l'Estat i a les regles del litigi i del procés és un símbol de civilització i constitueix un valor positiu de primer ordre d'una societat democràtica. El poder judicial duu a terme un servei públic importantíssim i és garantia de l'Estat social i democràtic de dret.

Però el litigi no és un fi en si mateix, sinó un instrument de restabliment de l'equilibri social. Si el "principi civil" comporta que els particulars regulen, en llibertat, els seus interessos i disposen dels seus drets, la solució judicial del conflicte privat només ha de garantir l'exercici d'aquesta llibertat, tot protegint la part més feble.

En concret, en el procés civil el jutge no és titular dels drets dels particulars ni els pot retenir, sinó que es limita a retornar el poder que la llei atorga a l'individu que l'ha vist vulnerat per l'actuació d'altri. Per això, el jutge ha de preservar els drets fonamentals, però només mentre hi ha conflicte i davant la situació dels desvalguts, tot respectant la llibertat dels ciutadans per configurar i solucionar les seves pugnes, tant en forma col·lectiva com individual.



En el primer sentit, els canvis socials no han de comportar, necessàriament, una major activitat jurisdiccional. La superació de determinats mecanismes de control social (com l'estratificació social o la moral religiosa), la major vindicació ciutadana de drets i prestacions socials, el control democràtic dels defectes de funcionament de les institucions públiques i dels grups polítics, la regulació de les pautes de convivència d'una societat multicultural o els conflictes que neixen dels cicles econòmics negatius, per posar alguns exemples, no tenen com a única solució la judicialització dels conflictes que generen. L'equilibri social es pot restablir per mecanismes diversos que el del conflicte judicial, com l'autocomposició, l'acció política, la progressió de la cultura o l'educació en valors.

Des de la perspectiva individual, cal també diferenciar la funció jurisdiccional de la prestació d'altres serveis socials col·laterals o merament assistencials que busquen també la justícia distributiva (com l'orientació jurídica, la defensa legal o la fixació jurídica), de forma que es poden desvincular de la jurisdicció alguns aspectes ara relacionats, però que no formen part de la seva essència. Quan el conflicte neix de la inseguretat en la definició de les expectatives, les situacions jurídiques subjectives o els drets, ha de ser possible que la tasca de definició la faci una institució social diferent de la jurisdicció i així es previnguin els litigis.

Per altra banda, és innegable l'increment constant de la litigiositat en el nostre país, en una progressió exponencial⁽¹⁾, la qual cosa ha anat acompanyada d'importants esforços inversors de les administracions públiques per aconseguir un servei eficaç i dotat dels necessaris mitjans personals i materials. Tanmateix, davant de l'esmentada progressió, els esforços apareixen com a insuficients.

El fenomen és degut a diversos factors (econòmics, socials, culturals) i mereix una anàlisi més extensa del que aquest document abasta. Cal dir, tot i això, que la política pressupostària no ha de ser un fre per a la defensa dels drets constitucionals (en especial, de la tutela judicial efectiva), però tampoc n'és l'única solució i ha de ser possible analitzar nous camins per solucionar la congestió que pateix l'ordre jurisdiccional civil des de fa dècades.

b) La «desjudicialització»:

No està definit què hem d'entendre per "desjudicialització", però sembla que una opció reduccionista ha d'incloure tant la disminució de la càrrega de treball dels jutges, a través de la redistribució de competències amb els secretaris judicials i la resta de l'organització judicial i dels operadors jurídics, com la redefinició dels mecanismes dissuasius d'accés a la jurisdicció (a través de medis alternatius de solució dels conflictes), així com l'assignació a altres agents socials de les tasques que no

fan referència al procés de decisió del litigi: de fixació jurídica, d'assessorament, etc.

Cal, en primer lloc, un procés intel·lectual, doctrinal i filosòfic que redimensioni el dret a la tutela judicial, un canvi ideològic que retorni als ciutadans i a la societat civil la competència per a la solució habitual dels conflictes, tot recuperant el principi d'"intervenció mínima" o d'"intervenció proporcionada" de la jurisdicció.

Per "desjudicialitzar" es poden adoptar tres tipus de polítiques: les que "penalitzen" o limiten l'accés a la jurisdicció, les que afavoreixen o incentiven l'accés a medis alternatius de solució de conflictes i les que redefeixen el sentit i abast d'allò "jurisdiccional" als seus límits ontològics. Aquestes polítiques no són contradictòries entre si, sinó complementàries.

La constitucionalització del dret a la tutela judicial efectiva ha de dissuadir de mesures de penalització en l'accés als tribunals, però creiem que encara són possibles mesures de desincentivació que respectin dit dret constitucional i que cal un esforç per fixar els límits de la funció de jutjar.

En primer lloc, la funció del procés minvarà en la mesura que els ciutadans respectin més els drets dels altres i s'estengui la llibertat ciutadana, tant des de la perspectiva del dret com de la responsabilitat. Un altre factor per reduir la litigiositat ha de ser el respecte a les estructures socials (la família, la comunitat, la polis) i l'assumpció de la bondat de la política i de l'ètica social (la qual cosa exigeix persones i institucions que actuïn com a bons referents). En aquest sentit, el menor intervencionisme judicial serà sempre el socialment més saludable.

A més, en la situació actual en què la crida al procés judicial és la regla general per a tot tipus de conflicte, s'ha d'insistir també en la promoció de medis preventius i alternatius de la solució dels conflictes. L'Estat no ha de fomentar la litigiositat, ans al contrari, ha de potenciar formes preventives i alternatives de resolució (ADR).

Se'n deriva que l'Estat ha de poder "desincentivar" l'accés als tribunals si no sacrifica el dret fonamental, proposant "filtres" o "barreres" proporcionats, basats en la devolució a la societat i als ciutadans del seu poder democràtic i en el foment de solucions alternatives a la resolució dels conflictes, sense prioritzar polítiques de reducció de costos (encara que aquest pugui ser un efecte indirecte).

Per últim, i aquest és un factor fonamental en aquest treball, cal definir les funcions pròpiament jurisdictionals amb una bona aplicació de la tècnica de les organitzacions i cal establir les competències pròpies per a l'exercici de la jurisdicció, centrades sempre en la facultat i el poder de resoldre els conflictes.



Algunes de les propostes i reformes més recents (Pla de modernització de la Justícia del Consell General del Poder Judicial de 2009, lleis de reforma processal i de l'oficina judicial de 2009, Pla de modernització impulsada pel Ministeri de Justícia 2009 i 2010, propostes dels presidents dels TSJ de novembre de 2009 i Acord del Ple del Consell General del Poder Judicial de gener de 2010) apunten en la línia de la desjudicialització que en aquest document intentarem aprofundir.

c) La tutela judicial efectiva:

La doctrina del Tribunal Constitucional fa compatible el principi *pro actione*, d'estricta observança per part dels òrgans judicials, amb el dret de configuració legal del procés i dels recursos.

És per això que creiem que els termes de l'article 24.1 de la Constitució, pedra angular del sistema de justícia, no poden autoritzar una interpretació omnímoda de la tutela judicial efectiva, en tant que, com a dret fonamental de configuració legal, admet diverses formulacions, diversos graus d'exigència respecte a la implicació del jutgador. Per això hem de poder situar la tutela judicial, com a servei públic, en els seus justos límits.

En aquest sentit, els ciutadans tenen el dret a ser tutelats per la Justícia, però també el dret d'optar per solucions alternatives. Tothom ha de poder invocar efectivament l'article 24 de la Constitució, però no està compeltat a invocar-lo i la tutela judicial efectiva té també una vessant negativa: el dret a no veure's sotmès abusivament i indeguda al procés o el dret a una compensació en aital cas. L'Estat també està legitimat per rescabalar-se, a càrrec de qui abusa, del cost del servei judicial.

Per altra banda, en el conflicte entre llibertat (individual) i seguretat (col·lectiva), l'Estat ha de ser curós en l'ús de la llei i els jutges ho han de ser en la seva intervenció en la vida dels particulars. Quan la llei té una significació pública i col·lectiva i busca el bé comú (en l'àmbit del dret públic, fonamentalment), només aquests valors superiors justifiquen la limitació de la llibertat dels particulars i els jutges resten sotmesos al principi d'intervenció mínima (per exemple, en dret penal) i són garants dels possibles excessos del poder (per exemple, en el control de l'activitat administrativa).

Però quan el conflicte és entre particulars (en l'àmbit del dret privat) la intervenció de l'Estat a través del jutge només està legitimada si ho preveu expressament la llei i la seva actuació està limitada al poder de disposició de les parts. L'efecte directe dels drets, principis i valors constitucionals sobre la vida dels particulars només serà possible, més enllà de l'autonomia dels particulars, quan no hi hagi una llibertat real en la persona, si el jutge constata objectivament una situació vulnerable i si la pròpia dignitat de la persona humana es veu afectada,

fins al punt de poder invocar l'eficàcia vinculant i directa de la Constitució⁽²⁾.

Amb un altre abast, la tutela judicial efectiva està intrínsecament relacionada, des de la perspectiva prestacional, amb l'accés a la justícia, el reconeixement i la protecció real dels drets, la interdicció de la indefensió i els drets als recursos i a l'execució de les resolucions judicials.

En matèria civil i mercantil, la protecció d'aquests drets no s'estén omnímodament als "drets assistencials" (orientació jurídica, justícia gratuïta), ni a les situacions jurídiques subjectives imperfectes.

Des de la primera perspectiva, els principis rectors de la política social i econòmica permeten diverses opcions de política legislativa i no obliguen a concretes polítiques prestacionals de tipus assistencial en matèria de justícia.

Des del segon punt de vista, la tutela judicial efectiva no abasta les expectatives prestacionals, ni les facultats, les potestats o les càrregues, o altres vincles obligatoris, com el deute o la responsabilitat⁽³⁾. La tècnica legislativa formula sovint principis en forma de "drets", que són de caràcter programàtic i no directament aplicables a un conflicte legal (en un mimetisme equivocat respecte al dret constitucional), o responen a prestacions assistencials no absolutes, sovint sotmeses a disponibilitats pressupostàries. En altres paraules, la Constitució garanteix una tutela judicial efectiva dels drets subjectius de forma compatible amb una reordenació de l'accés i el desenvolupament dels processos.

Per altra banda, no tots els conflictes han de tenir una solució judicial. No és ja una qüestió de medis, sinó de concepció. Per exemple, les infraccions per la circulació de vehicles de motor poden tenir altra solució que la judicial (com ho demostra el percentatge d'acords entre companyies asseguradores) i la solució dels conflictes familiars té millor qualitat i durada quan es produeix fora del jutjat de família o de violència domèstica.

Dit d'altra forma, la defensa dels drets fonamentals en la vida dels particulars s'ha d'harmonitzar amb el respecte a la llibertat individual i amb el dret d'autoorganització familiar i social (el principi d'autonomia de la voluntat) i la intervenció de l'Estat ha de limitar-se als conflictes que posen en perill els valors bàsics de la convivència i de l'ordenament jurídic. Una excessiva judicialització va en contra de la societat mateixa i del desenvolupament dels seus mecanismes de progrés. Per això, la invocació de la tutela judicial efectiva no sempre ha de ser immediata en el procés de solució dels conflictes, si volem respectar la llibertat i potenciar la responsabilitat, la capacitat de gestionar els propis conflictes i l'autocomposició com a valors.

L'educació en els valors democràtics, l'aprenentatge dels drets dels altres, la consciència i assumptió dels propis deu-



res, l'educació en el respecte de la diversitat i la progressiva construcció d'una ètica social poden actuar també com a mecanismes preventius de la litigiositat.

Creiem que la formulació constitucional de la tutela de l'Estat a través dels tribunals com una tutela "efectiva" (art. 24 CE) admet diverses opcions de configuració legal, tot respectant-ne l'essència i que és possible, no només per raons de rendibilitat econòmica de la inversió en el sector justícia, sinó per obtenir un millor servei públic i per a un progrés social general, l'aplicació de mecanismes alternatius a la judicialització.

3. La fixació de les diferents funcions o competències professionals, com a pressupost de la desjudicialització

Com hem dit, hem de partir de la definició de les competències judicials, que giren entorn dels coneixements, les habilitats i els valors necessaris per resoldre els conflictes de base jurídica.

En bona tècnica de definició de perfils jurídics professionals, les diferents funcions i competències s'han d'excloure entre si, com a manifestació d'una divisió ordenada del treball. Si la societat ha produït, en l'àmbit del conflicte, professionals jurídics diferents del jutge, ha de ser possible apuntar l'essència de cadascuna d'aquestes professions, la funció de cada professional i les competències que les caracteritzen.

A més, la claredat en la definició dels diversos papers és garantia de la independència del poder judicial, en una societat democràtica, perquè és bo que siguin diferents els professionals o les institucions encarregats de cadascuna de les àrees o competències, sense confusions ni interferències.

3.1 La competència decisòria: L'article 117 CE diu que els jutges ha de "jutjar" i han de "fer executar" allò que han jutjat. El jutge és un professional dedicat a la resolució de conflictes, amb una tècnica basada en la confrontació d'interessos de fonament legal, en la tècnica probatòria, en el reconeixement de drets i en fer complir, si cal coactivament les seves resolucions.

Si no hi ha base legal per a la confrontació, la funció judicial no té objecte (per exemple, quan no s'invoquen drets, sinó expectatives o interessos). Si l'estat del conflicte no es planteja en termes de tècnica adversativa (amb l'ús del procés com a institució), el jutge no ha d'intervenir. Si no hi ha conflicte real o el conflicte desapareix (per exemple, per una terminació anormal del procés), ja no té sentit la funció jurisdiccional. I "fer executar" no és "executar" per si mateix, ni *ex propria*, ni *ex aliena manu*, sinó sols assegurar-se que s'ha complert la sentència, quan algun dels litigants diu que no s'ha fet.

La competència decisòria ve acompanyada d'unes competències instrumentals fonamentals, per assegurar que la decisió estarà basada en les degudes garanties processals:

- Assegurar l'accés a la justícia, com a dret de petició (especialment, en la seva vessant negativa: assegurar que no es negui dit accés), però no sempre assegurar l'accés als recursos (que és un dret de configuració legal);
- Assegurar l'ús de la "paraula" o almenys la possibilitat d'alleugar i exposar la pròpia postura;
- Assegurar el dret de defensa a través de la proposició i la pràctica de les proves;
- Assegurar que allò que el jutge ha decidit es compleix.

Les formes en què es poden materialitzar aquestes competències són diverses i és possible plantejar reformes legals que, assegurant-ne l'essència, facilitin la tasca jurisdiccional (per exemple, amb la introducció de l'oralitat i la defensa de la immediació).

És cert que la tasca jurisdiccional presenta també alguns trets propis d'altres funcions o professions, com les competències de fixació jurídica (que és, coactiva, per exemple, en les sentències constitutives), les de constatació de fets, les de publicitat o la de seguretat jurídica o de dissuasió, però hem convingut que aquestes competències són residuals, no constitueixen el nucli central de la funció judicial i poden ser, per això, transferides.

En aquest sentit, el jutge no té, de forma principal, una funció d'assessorament, ni una funció documentadora o de fixació jurídica. Tampoc li correspon, constitucionalment, la funció conciliadora o d'amigable composició, ni la tramitació dels expedients, ni una funció d'execució material.

Tanmateix, en la competència decisòria són possibles algunes millores referides a la definició de les competències judicials.

3.2 La competència documentària: El jutge no està per crear documents, ni per traduir en escrits determinats manifestacions de voluntat o actes dels particulars. La funció de documentació (plasmar, posar per escrit, transcriure) és pròpia de la instrucció o configuració de l'expedient (judicial, administratiu, notarial), sotmès a les degudes garanties de credibilitat.

Per això, correspon al secretari judicial "armar" els processos: iniciar-los, "ordenar-los", "instruir-los" i custodiar-los en la mesura que li correspongui, finalitzar-los i deixar-los en disposició de ser resolts pel jutge. Per dur a terme aquesta funció, ha de planificar i organitzar el treball, prendre decisions, gestionar la informació. Les decisions interlocutòries no són essencials ni



consustancials a la funció decisòria i tenen una mera funció "instrumental": fer que el procés segueixi el seu curs. També li correspon al secretari complir la resolució judicial, en allò que li correspongui, com també recau aquesta obligació en l'Administració pública i els particulars (art. 118 CE).

En aquest sentit, cal diferenciar l'expedient i la seva tramitació de les "peces de convicció", del material probatori pròpiament dit, el destinatari del qual sí que és el jutge. Amb la nova reforma de l'Oficina Judicial això ha de significar canvis importants en la consideració de la "materialitat" de l'expedient i en la gestió i custòdia del material probatori. Per això, ha de ser possible el dossier electrònic processal.

Qualsevol altra pretensió dels particulars sobre creació de documents, per a la constatació de fets físics, constància de la presa de posició o manifestacions de voluntat, especialment quan no guarden relació amb un procés judicial obert, no es correspon amb la funció judicial i ha de poder ser exercida per altres professionals (notaris, registradors, etc.).

3.3 La funció fixadora: El jutge no està cridat a fixar fets jurídics, ni és, per naturalesa, el defensor i promotor de la seguretat jurídica. És cert que les resolucions judicials generen la màxima certesa jurídica, però aquest és un efecte reflex o indirecte de la funció decisòria. El jutge només fixa fets quan ha de valorar-los i només en tant que això sigui necessari per tal de decidir una controvèrsia.

La constatació de fets, especialment amb l'interès de promoure la seguretat jurídica en la vida social i en les transaccions econòmiques i patrimonials, i la fixació dels fets per assegurar-ne l'eficàcia i la prova, han estat tradicionalment funcions alienes a la jurisdicció i s'han dipositat, bàsicament, en mans notarials.

La funció notarial està al servei de la seguretat jurídica. Les "actes de notorietat" o les "escriptures públiques" són els instruments idonis per aquestes competències.

És cert que altres professions cooperen a defensar la seguretat jurídica, però la seva essència no està en la fixació de fets i actes, sinó en la qualificació de la seva validesa, en la seva proclamació i publicitat i, de vegades, en la seva eficàcia.

3.4 La funció d'autocomposició: El jutge no està cridat a intercedir entre les parts per conciliar-les o per aconseguir un acord entre elles. El jutge no és un conciliador, ni un mediador, ni pot substituir la voluntat de les parts de resoldre els conflictes entre elles a través d'un àrbitre.

Altres serveis socials estan cridats a aquesta funció, que més que fixar o documentar, es centra a fer recuperar a les parts en conflicte la seva capacitat d'autogovern i d'interrelació. A través de l'autocomposició d'interessos es poden prevenir i poden desaparèixer molts conflictes. És possible la intervenció

d'un funcionari públic o d'un professional neutral (de dret o d'altres disciplines de l'assistència social), sense una "doble via" o opció judicial alternativa, ni una posterior autorització judicial, en la mesura que no existeixi controvèrsia.

3.5 La funció de publicitat: El jutge no s'encarrega de cap instrument de publicitat, com a garantia de la seguretat jurídica i, per això, és anacrònica l'assignació al seu favor de les competències del Registre civil. El jutge no qualifica, sinó que valora, no contrasta instruments i registres, sinó que resol.

La qualificació és el pressupost per garantir l'eficàcia i l'eficiència dels instruments registrals, sobretot en els casos en què, de conformitat amb la previsió de la llei, la inscripció registral no té només abast publicitari sinó també determinant de la plena eficàcia de les situacions inscrites. La qualificació dels actes i contractes inscripcionals, la decisió resultant de practicar o no la inscripció i que desplegui els seus efectes en relació amb la situació inscrita i la publicitat del contingut del registre són l'essència de la funció registral.

Les garanties per a l'eficàcia d'aquests instruments no han de ser, necessàriament, judicials, en la mesura que no neixin de cap confrontació d'interessos.

3.6 La funció de defensa: El jutge no està per defensar ningú, ni tan sols la part més feble, i la seva funció es limita a garantir la igualtat d'armes.

L'advocat és una figura essencial i cabdal en la nostra societat. L'assessorament dels particulars, sense que hagi d'existir controvèrsia pròpia de judici, l'explotació del coneixement jurídic i pràctic, la capacitat de negociació i d'intermediació jurídica s'han de garantir com a funcions pròpies dels advocats perquè, tot exercint correctament la seva funció, actuen en prevenció de la litigiositat.

El jutge que garanteix el dret de defensa no exerceix aquesta funció, ni tampoc ho fa la persona que orienta jurídicament el procés amb caràcter preventiu.

3.7 El deure de col·laboració: L'article 118 CE obliga a tots els particulars i institucions a col·laborar amb l'Administració de Justícia durant el procés i en execució d'allò que s'ha resolt.

El treball del personal al servei de l'Administració de Justícia i determinades actuacions assignades per la llei a les institucions, els secretaris judicials, els procuradors dels tribunals i altres operadors jurídics tenen aquest abast i estan fora de la funció decisòria.

Cal enfortir i incrementar els mecanismes d'auxili jurisdiccional, en el seu més ample sentit, tot descarregant el jutge de determinades funcions.



3.8 La funció dissuasiva: Per últim, el jutge no té com a funció pròpia la de convèncer que hi ha altres vies a la solució dels conflictes que la via judicial, ni assessorar sobre els inconvenients del procés.

La informació sobre les expectatives i riscos del procés, sobre les seves possibilitats i dificultats, l'oferta de noves vies de solució de conflictes i la promoció dels valors comuns són alguns dels mecanismes de dissuasió del procés judicial.

Aquesta competència correspon als poders públics, als partits polítics i a les associacions ciutadanes i a la societat en general. Topem aquí amb un tema relacionat amb l'educació, els valors i la propagació de la cultura jurídica.

Per dissuadir també és possible un exercici del poder de configuració legal del sistema processal que, sense afectar l'essència constitucional, condicioni o limiti l'ús de determinats instruments procedimentals.

És important treballar mecanismes de filtratge previ a la judicialització. No per ser l'última de les funcions la funció dissuasiva és la menys important, sinó probablement és la primera en importància, perquè retorna a la ciutadania el poder de decidir per ella mateixa sobre els conflictes que pateix.

Anem, doncs, a desgranar les diverses propostes de desjudicialització que deriven d'aquesta definició de competències.

4. Propostes per a l'autocomposició dels conflictes

Diverses són les propostes per aconseguir canalitzar la solució dels conflictes a través de l'apropament de les persones enfrontades, la intercessió de tercers i l'actuació decisòria dels propis implicats.

4.1 Els advocats intenten sempre esgotar els **mecanismes de negociació** i solució pactada dels conflictes, abans de presentar una demanda. Tanmateix, la qualitat professional dels lletrats es posa de relleu en les seves habilitats negociadores. S'han de reforçar els ressorts ètics i tècnics de l'actuació dels lletrats, tant com amb els restants operadors jurídics, per tal de reservar el procés com a *última ratio* en la solució dels conflictes.

La formació ètica i el desenvolupament de les habilitats negociadores dels advocats pot facilitar la solució desjudicialitzada de conflictes. Cal programar activitats formatives, promoure premis per a les bones pràctiques, desenvolupar un codi ètic dels advocats i, en general, reforçar el prestigi d'aquests professionals.

4.2 Els tradicionals **sistemes alternatius de solució de conflictes** (mediació, conciliació, arbitratge, composició amigable) no són prou utilitzats per la ciutadania, de vegades per desconeixement de la seva existència o per falta d'orientació dels agents socials vers aquestes solucions alternatives, a ve-

gades per una errònia concepció de la funció judicial: el jutge és el "primer" garant dels drets dels ciutadans, però acudir als tribunals no ha de ser la "primera" iniciativa, ni és l'única via de solució del conflicte.

Cal una decidida aposta dels poders públics per potenciar els sistemes alternatius per a la solució dels conflictes actualment existents, millorar-ne l'accés i explorar-ne de nous, tot desfent l'equívoc que al jutge li correspon la primera intervenció.

4.3 En concret, la **mediació** ha experimentat un impuls normatiu a partir de les Recomanacions del Consell d'Europa 1/1998 (en matèria civil) i 19/1999 (en matèria penal), la Directiva 2008/52/CEE i la recent Llei catalana de 15 de juliol 2009, de Mediació en l'Àmbit del Dret Privat, que amplia els continguts de la Llei 1/2001, de Mediació Familiar de Catalunya.

L'Estat ha anunciat també un Projecte de Llei de mediació estatal, que derivaria a aquesta via les reclamacions pròpies del judici verbal (fins a 6.000 euros), de forma obligatòria pel que fa a una primera sessió informativa, almenys.

Basada en la voluntarietat de les parts implicades, en la interacció entre elles i en la manca de poder decisor del mediador, la mediació requereix, per a la seva potenciació, d'especials condicions personals dels litigants (control dels impulsos, racionalització, predisposició, etc.) i de la formació de bons professionals mediadors.

L'aplicació decidida d'aquestes lleis, que permeten la suspensió del procés judicial per cercar una solució pacificadora, pot significar una important desjudicialització dels conflictes.

La Comissió aposta decididament per la mediació, com a medi alternatiu de solució de conflictes basat en la voluntat individual i en la capacitat tècnica dels mediadors. Cal crear una autèntica "cultura" de la mediació. Iniciat un procés, el jutge no hauria, però, de promoure la mediació "intraprocessal" abans de la configuració de la litiscontestatio i sospesar-ne molt la possible remissió després del període probatori.

4.4. Ha de ser possible la introducció de **nous mecanismes de prevenció** i de solució de conflictes. Per exemple, la figura del "defensor de l'assegurat" o del "defensor del client", creats a imatge i semblança dels síndics de greuges o dels defensors del poble, es va estenent en àmbits com el sector bancari i financer, el món de les assegurances, les relacions de consum, l'assistència sanitària, la universitat o els medis de comunicació.

La Generalitat hauria de potenciar, junt amb l'arbitratge de consum o com a complement de les normes que ho regulen, la implicació dels sectors econòmics en la configuració de "defensors" que, designats de forma imparcial entre professionals de prestigi, poguessin analitzar reclamacions de baixa entitat o d'escassa quantia per part dels clients, consumidors o usua-



ris. Opcional per al consumidor, la intervenció del defensor es podria potenciar amb incentius (prèviament amb l'acceptació de la decisió per part de l'empresa, supressió de costos, assegurament de terminis, premis, etc.).

Proposem la potenciació dels "defensors dels clients" o figures similars, per a la resolució de conflictes d'escassa intensitat i per a la progressió de les bones pràctiques comercials i cíviques, basades en l'ètica professional dels empresaris.

4.5 Des de la perspectiva del **dret de la persona i de la família** i en la línia de les voluntats anticipades i els pactes en previsió de crisi futura, l'autocomposició significa també la previsió de futures situacions d'incapacitat per part de l'individu ara sa o la programació de futures necessitats de protecció legal o de disposició de béns. En aquest sentit, es poden ampliar les competències notariales per a l'autorització per a la donació d'òrgans de donant viu i previsió d'incapacitació futura i tractaments mèdics. També ha de ser possible la venda notarial de béns de menors i incapaços, amb el nomenament previ de defensor judicial (ja que en molts casos ningú salvaguarda millor que la pròpia mare o pare els interessos del menor o incapaç), la disposició voluntària de l'habitatge familiar assignat per resolució judicial (amb cessació del dret d'ús), el nomenament de tutor datiu, el canvi convingut de tutor i la rendició de comptes. Per últim, per via notarial podrien recollir-se les manifestacions sobre declaració de desaparició d'una persona.

Es proposa que, amb nomenament previ, si s'escau, de defensor judicial per salvaguardar reals conflictes d'interessos, es puguin resoldre i documentar per via notarial els acords dels interessats sobre matèria pròpia de dret de la persona i de la família (com l'autorització per a la donació d'òrgans, la previsió d'incapacitació futura i els tractaments mèdics, la venda de béns de menors i incapaços, la disposició voluntària de l'habitatge familiar, el nomenament de tutor o la rendició de comptes), inclosa la comutació de béns per quotes indivises o de drets reals (cas de l'ús i l'usdefruit), sense intervenció judicial, llevat del nomenament de defensor, si s'escau.

4.6 L'actual reforma, en tràmit, del Codi de família, per tal d'integrar-lo en llibre II del Codi civil de Catalunya potencia les **previsions preventives d'incapacitat futura** (l'autotutela), la possibilitat d'apoderament notarial preventiu i la figura de l'assistència de l'incapacitat, mesures totes elles que poden reduir la litigiositat, i alhora constituir instruments eficaços de protecció de les persones grans que preveuen un futur deteriorament de les seves capacitats intel·lectuals i volitives.

Cal fomentar l'autotutela i els poders preventius d'incapacitat futura, a favor de qui pugui estar cridat a ser tutor. El notari que autoritzés una escriptura per part de l'apoderat hauria de reclamar-li certificats mèdics acreditatius del seu estat i controlar, fins on sigui possible, la persistència de les circumstàncies que van donar lloc al poder.

4.7 La possibilitat del **divorci i la separació consensuals**, quan no hi ha fills menors, és una realitat present en el dret comparat, molt vinculada a la liquidació del règim econòmic matrimonial (pràcticament sempre hi ha béns indivisos) i a la necessitat de presentar un conveni regulador. Situacions equivalents, com la constitució i l'extinció de les unions estables de parella, s'han de poder formalitzar davant notari, amb efectes fiscals i hereditaris i garantint els interessos de cada cònjuge. En aquests casos ha de ser clara la preferència de l'autocomposició del conflicte, sense intervenció judicial.

Defenseu també que el Registre civil deixi d'estar en mans dels jutges, per respondre a una funció pròpia de la publicació jurídica. Arribat el cas, altra alternativa pel divorci i la separació consensuals ha de ser presentar i ratificar el conveni regulador davant l'encarregat del registre o del jutge de pau (les mateixes autoritats que autoritzen el matrimoni). El divorci i la separació s'haurien de comunicar d'ofici al Registre civil en què consti inscrit el matrimoni i s'anotarien en el llibre de família.

Es proposa que el divorci i la separació puguin ser consensuals davant notari, davant de l'encarregat del Registre civil o del jutge de pau si no hi ha fills menors o incapacitats, sense impedir l'assistència lletrada de cada cònjuge, si s'escau, i amb incorporació del conveni regulador en l'escriptura pública o en la compareixença en el registre.

4.8 També ha de ser possible la **divisió de cosa comuna** (per dissolució de matrimoni o per herència) per via notarial, tot buscant l'autocomposició. Habitualment, els condominis no s'oposen a la divisió (no hi ha conflicte quant al què), sinó que només volen assegurar el millor preu o cerquen l'adjudicació a un dels copropietaris. El Codi civil català estableix criteris clars per a la divisió. A més, molts cops es produeix una reducció important del valor dels béns per l'actio communi dividundo en seu judicial i la via notarial pot assegurar una millor realització, en la línia que pregonja el nou Codi civil de Catalunya.

Es proposa afavorir l'adjudicació del bé indivís, per via notarial, a favor del cotitular de major participació (art. 552 C.c.C.), fixat el seu valor de mercat per taxador independent (que podria ser designat pel notari) i la possible adjudicació, cas de participacions iguals, per part del notari, per sorteig entre els cotitulars interessats en l'adjudicació, havent pagat prèviament als altres la seva part conforme a valor de mercat (llevat d'acord unànim sobre el preu). Si hi concorregués la reclamació d'altres drets, es podria suspendre l'eficàcia de l'adjudicació fins a la seva resolució, amb remissió de les parts a la mediació, o sotmetre la divisió a la resta de peticions judicials.

4.9 La introducció del principi del consens en el procediment abreujat penal és una altra manifestació d'autocomposició i ha suposat un canvi en les maneres d'actuació del ministeri fiscal per promoure les solucions facilitadores de la sentència. Sense apartar-se de la legalitat, però utilitzant tots els marges



d'arbitri legal es pot arribar a solucions d'acord amb l'acusat i la defensa, especialment en les infraccions penals conegudes com a "bagatel·les". En el concret àmbit de la desjudicialització civil, aquests acords han d'incloure els aspectes referits a **la responsabilitat civil derivada del delictes**. Les pautes per promoure les solucions consensuades han de partir de criteris flexibles, apel·lant a la responsabilitat de cada fiscal que, sense apreciar un fet diferent al contingut a l'escrit d'acusació original, tot valorant els fets i circumstàncies que hi concorrin, i per tal de propiciar la conformitat, acordi amb les defenses (i, l'actor civil, en el seu cas, i la resta de parts acusadores) una rebaixa de la pena o penes inicialment demanades i de la responsabilitat civil, si escau.

Una solució de conformitat, estesa a la responsabilitat civil, evitaria la reserva d'accions i/o la reproducció en via civil de les pretensions econòmiques.

Entenem que cal reforçar la conformitat prèvia al judici penal, fins i tot prèvia al tràmit de qualificació, tot incloent la responsabilitat civil derivada del delictes i estenent els mecanismes de la conformitat privilegiada, també en matèria de responsabilitat civil derivada del delictes, a la fase prèvia al judici oral.

4.10 Destaquem la importància de la **mediació en l'àmbit penal** com a mecanisme de desjudicialització de conflictes. Els advocats, garants essencials dels drets dels ciutadans, han de ser els veritables subjectes actius de la mediació penal, tot incloent els **aspectes referits a la reparació de la víctima**, en l'àmbit de la responsabilitat civil.

La Recomanació n. R (99) 19, del Comitè del Consell d'Europa, defineix la mediació penal com "tot procés que permet a la víctima i al delinqüent participar activament, si lliurement accedeixen, en la solució de les dificultats resultants del delictes, amb l'ajuda d'un tercer independent (mediador)" i encara que l'article 44 de la Llei Orgànica 1/2004, exclou de forma expressa la mediació (prohibició que ha estat molt criticada), entenem que molts dels procediments que es tramiten per violència de gènere es podrien evitar si s'informés adequadament les parts dels problemes que el procediment judicial en el qual es veuen immersos pot desencadenar i de les alternatives de dret civil a la solució del conflicte.

A més, una part de les denúncies que es presenten deriven de problemes de la convivència quotidiana de la parella, que en realitat no desitgen una separació, veient-se abocats a una separació de fet com a conseqüència de l'ordre d'allunyament, amb tots els problemes d'índole econòmica que això comporta. S'asseguraria una acollida emocional, escolta, suport per a l'elaboració emocional de la situació traumàtica soferta, informació de la situació, condició i motivació de l'infractor per a la comprensió del seu comportament. Entre els fets susceptibles de prestar-se a la mediació *prepenal* es podrien considerar els fets no delictius relacionats amb l'honor, el patrimoni, l'impagament de pensions i les actuacions sobre menors, que podrien anar de la mà de la reconsideració del principi d'oportunitat en el procés penal.

Una part de les denúncies derivades de l'aplicació de la Llei de Violència de Gènere es podria desjudicialitzar si en seu policial o judicial es derivés la part denunciant al servei d'atenció a la víctima o als serveis d'orientació jurídica i se l'informés detalladament, després d'acollir-la degudament, de tots els efectes que la denúncia pot generar. Aquestes actuacions no serien possibles en cas d'existència d'indisidències racionals de criminalitat. Defensem una reforma legal que permeti explorar solucions alternatives als conflictes intrafamiliars i propugnem, en la mesura que sigui possible, explorar la possible solució pacífica dels problemes de la parella (quan no consti amb claredat l'existència de fets delictius), a fi d'evitar processos que poden estar condemnats al fracàs. Caldrà preparar equips de mediació en seu policial i judicial, amb intervenció d'advocats mediadors i altres professionals i amb la redacció prèvia d'un Protocol. En tot cas, la derivació a conciliació es comunicaria al ministeri fiscal i al jutjat. També s'ha de posar en marxa l'equip de suport al jutge que la Llei de Protecció Integral va regular i que no ha entrat en funcionament.

4.11 Cada cop són més freqüents els casos de peticions judicials de **divisió de l'herència** (art. 782 LEC) quan, si no hi ha menors i incapaços, seria suficient la via notarial. La convocatòria de junta i la designació de comptador entre membres d'una mateixa família, que han de seguir mantenint relació en el futur per raons de consanguinitat, són moments idonis per reconduir a mediació el conflicte, en cas de desacord.

En els casos que no hi hagi menors ni incapacitats que precisen de la intervenció del ministeri fiscal, i també amb menors i incapaços implicats, amb la designa prèvia de defensor judicial, es podria practicar la divisió d'herència davant notari. Només en cas d'oposició o disconformitat entre els interessats s'hauria d'acudir davant el jutge, tot acreditant amb certificació notarial l'intent fallit. Ara bé, insistim que davant el desacord el més convenient pot ser la mediació.

5. Les funcions dissuasives del litigi: la cultura jurídica, l'actuació administrativa i els límits de l'accés al procés i als recursos

Si l'autocomposició no és possible, s'inicia el camí de la reclamació jurídica, però fins a l'exercici de la funció decisòria per part del jutge encara poden actuar com a elements dissuasius la cultura jurídica i l'educació, una deguda informació sobre les limitacions del sistema de justícia gratuïta i l'intent de conciliació preprocesal i intraprocessal.

Una bona actuació de la Generalitat en l'àmbit del consum i de les administracions locals amb uns serveis sociojurídics



integrats també poden ser eficaços mecanismes per dissuadir del litigi.

Cal analitzar també la possible introducció de mecanismes fiscals o limitadors d'accés a la jurisdicció o als recursos i les sancions processals per ús inadequat del procés.

5.1 En un pla general, els ciutadans coneixen prou bé els sistemes sanitari, educatiu, assistencial, laboral i, en canvi, el sistema de justícia no es coneix i és vist de vegades amb recel i de vegades com a panacea de la resolució dels conflictes. Cal conèixer l'estructura democràtica del procés, com a mecanisme de resolució dels conflictes, les seves possibilitats però també els seus límits i les dificultats de la solució jurisdiccional dels conflictes d'interessos. Propugnem incrementar **l'educació de la ciutadania** en matèria de justícia, la intervenció de la societat civil en la solució dels conflictes, la implicació en la cerca de la justícia dels grups socials i la multiplicació d'òrgans de recerca i consultius.

S'ha de vetllar per l'apropament de la justícia als ciutadans, des de l'escola i l'institut, com a mecanisme de prevenció dels conflictes, i s'ha d'incrementar la implicació de la societat civil en la millora de la justícia.

5.2 Des de la perspectiva de la seguretat jurídica, la millora de diversos **elements de la cultura jurídica** pot actuar com a mecanisme dissuasiu de la litigiositat: la previsibilitat econòmica (quant a costos) i jurídica del procés (quant a la unificació de criteris jurisprudencials), l'existència de sistemes de barem legal⁽⁴⁾, el coneixement del temps de resposta i d'altres.

També pot ser important la implantació d'estratègies de resultat, com plans pilots de millora processal, la fixació d'objectius (percentatge de conciliacions, reducció de temps d'espera, etc.) i l'aprofundiment en els mecanismes d'unificació de criteris (acords governatius, advocació de "plet-testimoni" al ple de l'òrgan judicial, fixació d'interès cassacional, etc.).

En concret, hauria de generalitzar-se a ordres diferents del contenciós administratiu (civil, laboral) la figura del "plet-testimoni" (art. 37.2 i 3 LJCA), per tal de facilitar el tràmit de plets-massa i garantir una aplicació coherent de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el precedent. Aquesta solució es considera millor que la tècnica d'"acords governatius", de moltes Audiències Provincials, de dubtós abast normofilàctic.

Cal potenciar la seguretat jurídica i la millora dels mecanismes culturals de la jurisdicció que l'afavoreixen, com a sistema dissuasiu de la litigiositat, en especial la informació sobre els costos del procés, la unificació de criteris i la implantació d'estratègies de resultat.

5.3 La justícia gratuïta no arriba a les "classes baixes" i als "grups d'autoexclusió social" (mancats de capacitat d'autode-

fensa, amb malalties com l'alcoholisme o la drogoaddicció, o persones de famílies desestructurades) i els seus usuaris són fonamentalment l'anomenada "classe mitjana baixa" i la "classe mitjana". Els **serveis socials** descobreixen els problemes que poden tenir una projecció judicial i han de tenir un **enllaç preferent** amb els serveis d'assessorament i orientació jurídiques i amb la justícia gratuïta.

Cal reorganitzar els serveis d'orientació jurídica i de justícia gratuïta de forma que atenguin els més necessitats, fins i tot d'ofici quan les seves circumstàncies personals o familiars els fan especialment vulnerables i els col·loquen en situació d'incapacitat per promoure'n la defensa.

5.4 La regulació del servei públic de **l'assistència jurídica gratuïta** ha d'incorporar **modificacions** que permetin que la prestació del servei sigui més equitativa i més adequada a les situacions i pretensions concretes de les persones que el pretenguin utilitzar, abordant la revisió de l'automatisme del dret en les successives instàncies processals. A més, s'ha de racionalitzar el procediment per a l'obtenció del dret a l'assistència jurídica gratuïta, de forma que respongui estrictament al principi de solidaritat social que l'inspira.

Ha de ser possible la limitació dels beneficis de la justícia gratuïta, de forma que juntament amb la possibilitat de declarar la insostenibilitat d'una pretensió, es pugui també declarar la insostenibilitat d'un recurs (i també de l'oposició a una execució). També ha de ser possible exigir que el litigant ratifiqui personalment la decisió del lletrat nomenat d'ofici de presentar un recurs i unificar els criteris de sol·licitud i concessió del benefici en els diversos ordres jurisdiccionals, exigint la justificació de la seva necessitat també en l'ordre jurisdiccional laboral.

Compartim la necessitat de modificació de l'article 32 de la Llei de Justícia Gratuïta per tal de sotmetre a dictamen tècnic jurídic del col·legi d'advocats respectiu (o dels propis serveis d'orientació jurídica) la sostenibilitat o no del recurs d'apel·lació del litigant que gaudeix d'aquest benefici. La revisió jurisdiccional l'hauria de fer un jutge diferent del que va dur l'assumpte en primera instància.

5.5 Les **administracions locals** han de configurar sota uns criteris mínims de qualitat els diversos serveis d'atenció i d'orientació als ciutadans que prestin mitjançant gestió directa o indirecta i que comportin qualsevol mena d'assessorament generalista o especialitzat en la defensa dels drets dels ciutadans i ciutadanes. Així, s'ha d'establir l'exigència d'una qualificació professional i una experiència prèvia mínima a aquelles persones que prestin el servei.

Aquests serveis han de promoure les vies de resolució extrajurisdiccional dels conflictes, en especial la mediació, la conciliació i l'arbitratge.

Aquests serveis han d'establir progressivament mecanismes de prestació de forma telemàtica o telefònica.

Amb l'objectiu d'assegurar la prestació d'un servei homogeni i de qualitat en tots els àmbits, s'ha de promoure la coordinació amb altres serveis d'atenció al ciutadà de totes les administracions públiques.

Per tal de reduir la judicialització, cal que la implicació de les administracions locals en la resolució dels conflictes es faci sota criteris de qualitat i que l'assessorament i l'orientació jurídica als ciutadans es presti de forma coordinada i homogènia amb la resta d'administracions competents. Cal diferenciar els diversos sistemes socials d'assistència i assessorament jurídic, de forma que les consultes de mínims quedin excloses, inicialment, de l'àccés jurisdiccional i s'instaurin mecanismes alternatius de solució.

5.6 Situacions subjectives que no estaven protegides abans són avui reconegudes com a drets gràcies a la tasca dels tribunals i de la jurisprudència. El procés judicial té un valor en si mateix, com a institució per discriminar els drets dels ciutadans respecte a les pretensions espúries.

Però, feta la discriminació, hem de ser conscients que no es pot utilitzar el procés tortament, per a fins no permesos per l'ordenament jurídic. Els efectes d'un ús inadequat (com la imposició de costes processals) haurien de ser més grans quan hi ha infracció de **la bona fe processal o abús de dret**, tot introduint l'agreujament del sistema de costes (incloent, junt amb el criteri de temeritat, la falta de fonament de l'acció i l'ús espuri del procés). Defensem l'ampliació del sistema de multes, amb respecte als principis de legalitat i tipicitat propis de tot dret sancionador, i la regulació de l'acció de responsabilitat per danys derivats de l'ús espuri del procés.

Proposem la introducció de nous instruments de penalització de l'ús espuri i inadequat del procés i de l'exercici d'accions faltes de fonament o que busquen una finalitat aliena a la del procés judicial (ampliació dels criteris d'imposició de costes, sistema de multes -tot respectant els principis de legalitat i tipicitat- i la regulació de l'acció de responsabilitat per danys causats pel procés).

5.7 El legislador pot definir o determinar les condicions i les conseqüències de l'accés a la justícia (STC 206/1987) i pot establir límits a l'exercici del dret fonamental, que seran constitucionalment vàlids si, respectant el seu contingut essencial (art. 53.1 CE), busquen preservar altres drets, béns o interessos constitucionalment protegits i guarden l'adequada proporcionalitat amb la naturalesa del procés i la finalitat perseguida (SSTC 158/1987 i 32/1991).

Són possibles, per tant, determinades **condicions en l'accés a la jurisdicció**, com la meritació de taxes, la limitació temporal de la petició de justícia gratuïta o altres restriccions, sempre que no imposin requisits impeditius o obstaculitzadors de l'accés a

la jurisdicció, o traves innecessàries, excessives i mancades de raonabilitat o proporcionalitat respecte als fins que lícitament pot perseguir el legislador (SSTC 185/1987, 60/1989, 114/1992, 206/1999, 198/2000, 116/2001, 173/2003, 273/2005, 267/2006 i 26/2008).

La introducció de la nova taxa judicial per la Llei Orgànica 1/2009, en forma de dipòsit per recórrer, està provocant, a la pràctica, una sobrecàrrega de feina burocràtica que pot significar una trava innecessària i desproporcionada.

Per altra banda, és possible una simplificació procedimental en el sistema de **recursos interlocutoris devolutius**, de forma que, si no s'insta formalment recurs de reposició, la mera protesta o anunci de la part de la intenció de recórrer en apel·lació una decisió interlocutòria, de mer tràmit, pot satisfer suficientment les expectatives de la part de fer valer el seu interès en apel·lació. L'experiència demostra que poques vegades es manté en apel·lació la queixa contra la desestimació de recursos de reposició interlocutoris. La mera protesta estalviaria feina revisora als jutjats.

La utilització de la taxa judicial i la introducció del dipòsit per recórrer poden ser instruments vàlids com a mecanismes dissuasius del procés o del recurs, però no poden tenir un fonament recaptador, ni sancionador. La Comissió es mostra favorable a l'extensió d'un sistema de taxes si pot desincentivar un infundat accés a la jurisdicció i/o als recursos, però mostra les seves reserves sobre que la generalització dels dipòsits de 25 i 50 euros per recórrer en reposició, revisió o queixa, o en apel·lació o en recursos extraordinaris, pugui ser una mesura adequada per reduir la litigiositat, al temps que denuncia que la seva aplicació està generant una carregosa tramitació procedimental de pagament, acreditació, acord de devolució, etc. Caldrà una unificació de criteris sobre si aquesta despesa es podrà o no repetir en la taxació de costes.

Sembla proporcionada la limitació de la sol·licitud de justícia gratuïta als tres primers dies després de la citació a termini.

Propugnem una reforma de la regulació del recurs de reposició que permeti, com a alternativa per a la part, fer constar simplement la protesta per fer valer el seu dret davant del jutge (quan es tracti de resolucions del secretari o secretària) o davant de l'òrgan d'apel·lació (quan es tracti de resolucions interlocutòries del jutge o jutgessa), tot valorant l'estalvi de la taxa o del dipòsit judicial.

5.8 La doctrina constitucional sobre el sistema de recursos el fa compatible amb mecanismes de restricció del seu ús (*ad ex*. Art. 449 LEC), com, la remissió de l'apel·lació interlocutòria al moment de l'apel·lació principal, la consignació per a l'apel·lació, l'exigència d'un dipòsit per recórrer, el control previ de la sostenibilitat del recurs per a les persones que litiguen amb justícia gratuïta, etc. El principi de doble instància pot tenir limitacions en la jurisdicció civil (impedir el recurs d'apel·lació en determinats casos) sense violentar l'article 1 CEDH.



El Consell General del Poder Judicial, en el seu "Plan de Modernización de la Justicia" de 2009 i en l'Acord del Ple de 28 de gener de 2010, proposa, per a la reducció de la litigiositat, la supressió del recurs d'apel·lació en el judici verbal de quantia inferior a 3.000 euros i en els processos que acaben amb sentència que no té cosa jutjada material i en el mateix sentit s'han pronunciat els presidents dels tribunals superiors de justícia en la seva reunió de novembre de 2009.

La Comissió no veu clares aquestes propostes **de limitació de l'accés a l'apel·lació**, pel sentit general del recurs d'apel·lació (minimitza els errors, unifica les pràctiques, ajuda al progrés dels jutges) i perquè la proposta afecta matèries sensibles (desnonament per falta de pagament de la renda en arrendaments urbans, "interdicte" possessor) i altres de dubtós caràcter sumari ("interdicte" d'obra nova, precari, aliments, dret de rectificació o accions sobre béns mobles registrats).

Hauria de permetre's el recurs d'apel·lació, en tot cas, per a les sentències dictades en processos que no tenen clarament cosa jutjada material, perquè els límits de la cosa jutjada respecte al judici declaratiu ordinari estan molt indefinits en la doctrina jurisprudencial actual, tenint en compte la doctrina sobre la irreproductibilitat d'excepcions que es podien haver mantingut en el sumari i les noves previsions limitadores de l'article 400 LEC.

Sí es pot explorar, ben al contrari, la possibilitat de limitar el declaratiu posterior a un judici ja plenari o en què les parts s'han defensat amb amplitud.

Potser posant en relació la proposta amb la del Ministeri de Justícia sobre la mediació prèvia obligatòria en el judici verbal es podria admetre la limitació del recurs d'apel·lació si el procés judicial es configurés com la "segona oportunitat" davant d'una mediació rebutjada (gestionada per un servei de l'administració local d'atenció i d'orientació als ciutadans o per derivació del tribunal).

Propugnem la introducció de restriccions en l'admissió del recurs d'apel·lació com la remissió de l'apel·lació interlocutòria al moment de l'apel·lació principal, la consignació per a l'apel·lació de l'import de la condemna, l'exigència d'un dipòsit per recórrer, el control previ de la sostenibilitat del recurs per les persones que litiguen amb justícia gratuïta o el copagament del sistema de recursos en apel·lació, quan la sentència d'instància no ha apreciat dubtes de fet, ni de dret.

No ens mostrem favorables a la limitació o supressió del recurs d'apel·lació per a les sentències dictades en processos que no tenen cosa jutjada material, ni per als judicis verbals de quantia inferior a 3.000 euros, llevat que el procés judicial de primera instància es configuri com una "segona oportunitat" davant d'una mediació fracassada.

5.9 Respecte a la reforma del **recurs de cassació i per infracció processal** que són competència del **Tribunal Suprem**, els elements dissuasius poden ser més intensos. A la vista de la reforma que promouen els presidents dels tribunals superiors de justícia i el propi Consell General del Poder Judicial, cal recordar que el Tribunal Suprem ha optat per una interpretació molt restrictiva de l'accés a la cassació per raó de la quantia i de l'interès cassacional (Acord d'1 de desembre de 2000) restricció que s'agreuja amb l'augment, al doble, de la *suma gravaminis*. Això significa que matèries com el dret contractual, el dret del consum, el dret de família o el dret successori no tindran fàcil accés a la cassació (només per raó d'una quantia molt elevada, superior als 300.000 euros).

Més dissuasiu és, sens dubte, que sigui possible l'execució provisional de la sentència recorreguda en cassació, tot i que no es fa un ús notable d'aquesta possibilitat processal.

Fóra bo introduir que qui vol recórrer en cassació o per infracció processal una sentència d'apel·lació que confirma la d'instància hagi de dipositar l'import total de la condemna.

Advoquem per una revisió dels criteris d'admissió del recurs de cassació i per infracció processal davant del Tribunal Suprem que afavoreixi l'activitat normofilàctica en totes les matèries i per la introducció de la necessitat de dipòsit o aval per l'import total de la condemna per recórrer en cassació o per infracció processal quan la sentència d'apel·lació confirma la d'instància.

5.10 Pel que fa al **recurs de cassació davant el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya**, l'Avantprojecte presentat pel Departament de Justícia es situa en la tendència diametralment oposada: es dissenya una funció cassacional omnímoda, amb una tendència expansiva del sentit de la cassació que no s'avé clarament amb el sentit del recurs extraordinari i pot significar un augment excessiu de la tasca del Tribunal Superior.

Cal assignar definitivament les competències del recurs extraordinari per infracció processal als tribunals superiors de justícia, derogant la interinitat de la D.F. 16ª de la LEC.

La Comissió proposa la introducció d'un mecanisme de salvaguarda, en tràmit d'admissió del recurs de cassació davant del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que permeti rebutjar ab limine, els assumptes inconsistents o repetitius, en la línia del que preveu l'article 473.2, 2on LEC per al recurs per infracció processal (inadmissió del recurs per "manca manifesta de fonament") o de l'article 75 quinques LOTC (inadmissió per ser "notoriament infundada la controvèrsia suscitada"). Propugnem una cassació davant del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ampla, que s'estengui a les qüestions prejudicials de dret comú estatal (sense abast normofilàctic en matèria aliena a la seva competència) i al control constitucional dels preceptes de dret constitucional vinculats a la interpretació de la legislació pròpia de Catalunya.



5.11 La conciliació administrativa, prèvia a la via judicial, s'ha assajat amb èxit a la jurisdicció laboral (el SMAC), on és obligatòria, com a medi dissuasiu del procés judicial. En l'àmbit civil i mercantil, la **conciliació prèvia al judici** va ser molt de temps obligatòria i tanmateix ineficaç, fins i tot en l'àmbit que li era més propici, com el de la justícia de proximitat (jutges de districte i de pau). La seva escadussera aplicació, ha produït un buit important en la prevenció i en la solució transaccional dels conflictes civils i mercantils.

Cal superar la visió que una conciliació prèvia i obligatòria en el dret privat no es pot compatibilitzar amb el principi de llibertat civil i d'autonomia de la voluntat. Però no sembla que la solució hagi de venir donada per la creació d'un organisme administratiu *ad hoc* amb adscripció d'advocats juristes.

Més aviat propugnem la potenciació de la conciliació pre-processal, com acte de jurisdicció voluntària (d'“intervenció” voluntària), a càrrec del secretari judicial (art. 460 LEC 1881 segons la Llei 13/2009, art. 82 LPL), a l'empara de la reforma de l'oficina judicial actualment en tràmit i, especialment, si es permet la remissió per part del jutge a conciliació del secretari (com alternativa a la mediació externa) en qualsevol fase del procediment. L'homologació de les transaccions judicials per part del secretari (art. 517 LEC en la seva nova redacció) té un clar component de fixació jurídica i no ha de presentar dificultat la seva atribució al secretari judicial, atès el caràcter no decisor del judici d'homologació, limitat al fet que no sigui contrari a la llei, la moral i l'ordre públic i permeable a la revisió (art. 1817 C.c.).

S'ha de concretar la previsió legal sobre el moment processal per “intentar avenir”, treballar específicament la tècnica de la conciliació, formar en les habilitats necessàries (per fixar coincidències i discrepàncies, analitzar els interessos subjacents, etc.), introduir la possibilitat d'ajornaments, assegurar la deguda participació dels lletrats com a formalitzadors jurídics dels possibles pactes i incloure el seu dret al cobrament d'honoraris.

Ha de ser possible també una conciliació intraprocessal, a càrrec del jutge i en l'audiència prèvia o judici verbal, un cop fixats els fets controvertits (art. 428.2 LEC), o per derivació al secretari judicial.

S'ha de corregir la ineficàcia històrica de la conciliació judicial, a través de la potenciació de la conciliació pre-processal o intraprocessal (a càrrec del secretari judicial i com alternativa a la mediació externa) i mitjançant una regulació legal i protocol·lària que la faci efectiva. Aprofitant la reforma de l'oficina judicial, proposem l'ús de la conciliació a través dels corresponents secretaris judicials encarregats de les conciliacions (art. 460 LEC/1881) especialment formats per dur a terme aquesta funció.

5.12 La cerca judicial de l'**acord intraprocessal** (en l'audiència prèvia del judici ordinari, o en la fase inicial del judici

verbal), és també una alternativa en què s'ha d'aprofundir. Tradicionalment, el jutge no ha desenvolupat habilitats suficients per conciliar, però l'experiència demostra que alguns magistrats, amb qualitats innates o adquirides, aconsegueixen un percentatge significatiu d'acords.

Per arribar a acords amb la intervenció del jutge cal el desenvolupament d'una tècnica especial, reclamar la presència de les parts, personalment, assegurar el rol propi dels advocats i procuradors, aprofundir en els interessos subjacents, que el jutge eviti l'anticipació de criteris jurídics sobre el fons del conflicte i administrar d'una altra manera el *tempo*.

Convindria reformar la llei per tal d'establir la presència obligada de les parts en l'audiència prèvia i en el judici verbal i modificar les normes legals i de repartiment d'assumptes per permetre que el jutge que s'ha implicat en una conciliació fracassada es pugui apartar del coneixement del fons de l'assumpte, com a causa d'abstenció.

S'han d'introduir incentius que l'afavoreixin, com la modificació dels criteris orientadors d'honoraris per retribuir millor la tasca dels professionals en els acords, respecte a la continuació del tràmit contenciós, àdhuc en casos de justícia gratuïta.

Les facultats conciliadores dels jutges i magistrats no estan prou explorades, ni explotades. Proposem el disseny de programes específics de formació judicial i lletrada per a aquesta finalitat i una reforma legal que afavoreixi la conciliació judicial en l'audiència prèvia i en el judici verbal. S'han d'establir també incentius econòmics o d'altres tipus per als professionals.

5.13 Els notaris han d'incidir en el desenvolupament de les **bones pràctiques comercials, financeres i mercantils**. Des de la perspectiva de la protecció dels consumidors, els notaris han de potenciar les seves facultats d'informació i protecció de la part feble, especialment rellevant en els supòsits de contractació en massa i en els supòsits de forma contractual preredactada i en els contractes d'adhesió, sobretot per a l'exercici del dret de desistiment, i en l'àmbit de la propietat industrial i intel·lectual.

Cal reforçar el dret dels consumidors en relació amb la petició unilateral d'informació i la intervenció del notari i millorar la pràctica notarial amb el desenvolupament de l'obligació d'informació i la concessió de terminis de reflexió (Decret 122/2008). Ha de ser possible aquesta actuació sense necessitat de la presència de l'altra part contractant, i l'articulació notarial del dret de desistiment unilateral i dels altres drets previstos a la legislació del consumidor.

5.14 La regulació vigent del procediment extrajudicial d'execució hipotecària no sols ha generat dubtes sobre la seva constitucionalitat (SSTS 10 d'octubre de 2007 i 25 de maig de 2009), sinó que s'ha mostrat de quasi nul·la aplicació pràctica



(en part, per no preveure la presència d'assistència lletrada), cosa que deixa sense efecte la possibilitat de venda extrajudicial de l'immoble hipotecat prevista a l'article 129 de la Llei Hipotecària i impedeix una desjudicialització en matèria d'execució de garanties hipotecàries. La recent reforma del mercat hipotecari (Llei 41/2007), amb l'assegurament de la taxació com a element essencial de l'execució hipotecària i les especials condicions del mercat en temps de crisi, permet sospesar la introducció d'un pacte anàleg al comissori, com a mecanisme de realització de valor més just que, al mateix temps, podria incidir en una notable reducció de la litigiositat judicial. Tractant-se d'un dret de realització de valor, el sistema de subhasta judicial acostuma a derivar en l'obtenció del pitjor valor, per la mecànica de la intervenció de tercers (els "subhastats") i altres disfuncions, com la persistència abusiva del rèdit després de la subhasta, de vegades decidida a favor de societats participades pel creditor. El pacte comissori suposa la privació del bé hipotecari en pagament del deute, i la raó de la seva prohibició rau en la necessitat d'evitar que dita privació es produeixi per raó de deutes d'import inferior al valor del bé perdut, amb el perjudici subsegüent per al propietari deutor. Per tal d'evitar aquest perill, es pot proposar l'admissió d'un pacte anàleg, a celebrar en el moment de constitució de la hipoteca, que permeti alliberar el crèdit amb la possibilitat de poders irrevocables a favor del creditor per a l'alienació, a un preu mínim fixat per taxador independent i amb garanties de defensa pel deutor, a través del seu advocat.

Caldria una regulació acurada de la institució, que garantís els interessos del prestatari i els eventuais drets dels creditors posteriors (amplitud de les causes d'oposició, protecció de l'habitatge familiar) i no s'han de descartar altres fórmules, com el conveni privat d'execució aprovat en el procés d'execució o la subhasta especialitzada.

Es proposa que, sense perjudici de la prohibició general que del pacte comissori regeix en el nostre dret, amb rang de llei, es reguli en els seus aspectes essencials i delimitadors un pacte de caràcter anàleg, per a les hipoteques subjectes al mercat hipotecari, en la línia de les solucions adoptades en el dret comparat, amb necessària intervenció d'advocat defensor del deutor i amb garanties d'una taxació independent el més pròxima al moment de la privació del bé, que faciliti la realització del bé hipotecat mitjançant la seva adquisició per l'entitat creditora o per un tercer. Aquesta regulació no hauria de ser impediment per preveure també modificacions en la dació en pagament, o operacions que indirectament aconseguixin idèntica finalitat, quan és a favor d'entitats creditors financeres o creditícies o la venda a filials o societats participades que assumeixen el pagament del deute a la societat matriu o entitat creditora del grup de la qual formen part. Tot això, sense perjudici de la possibilitat de promoure l'aplicació, en l'àmbit extrajudicial i amb el pacte previ entre les parts, de la venda per persona especialitzada o dels convenis especials de realització.

5.15 Respecte **l'arbitratge de consum**, les administracions públiques poden promoure'l imposant l'obligació, en l'àmbit de llurs respectives competències, que les seves empreses públiques sotmeses al dret privat estableixin necessàriament, en les seves condicions generals de contractació i en els seus contractes amb les persones consumidores, clàusules d'adhesió o de compromís a l'arbitratge de consum, per a la resolució dels conflictes i reclamacions derivades de la prestació dels seus serveis, l'aplicació de les quals depengui de la voluntat de la persona consumidora.

La Comissió entén que les administracions públiques, específicament, han de potenciar l'arbitratge de consum en les empreses públiques, com a sistema alternatiu per a la resolució de conflictes menors i de conflictes derivats de contractacions en massa.

5.16 Els òrgans de **contractació administrativa** haurien d'incorporar l'adhesió a l'arbitratge de consum com a condició d'execució en l'adjudicació de contractes per part de la Generalitat de Catalunya i els seus organismes públics i empreses. A més, pel que fa a les entitats o empreses privades que gestionin serveis públics, serveis d'interès general o serveis universals en règim de concessió, s'ha de promoure que als plecs de condicions s'inclogui l'obligació que en els contractes amb persones consumidores es prevegi l'adhesió a l'arbitratge de consum. D'aquesta manera, les entitats i empreses podrien gaudir d'un segell de qualitat i quedaria en mans dels consumidors sotmetre's o no a l'arbitratge.

La Generalitat ha de promoure que en la contractació administrativa i en la gestió de serveis en règim de concessió per part d'empreses privades, s'inclogui en els plecs de condicions l'arbitratge de consum.

5.17 Les **administracions públiques**, en l'àmbit de les seves respectives competències, han de considerar l'adhesió a l'arbitratge de consum com a mèrit objectiu en la valoració de premis a la qualitat que tinguin establerts o puguin crear. L'adhesió a l'arbitratge de consum s'ha de tenir en compte en l'atorgament d'ajuts i subvencions per part de les administracions públiques a aquelles empreses i establiments que ofereixin béns o serveis a les persones consumidores i usuàries.

El distintiu que acredita l'adhesió a l'arbitratge de consum s'ha de considerar com a distintiu de qualitat. Els empresaris o empresàries adherits/des al sistema arbitral de consum haurien d'informar de forma pública les persones consumidores de la seva adhesió a l'arbitratge mitjançant aquest distintiu.

Les administracions públiques han de promoure una política d'incentius de l'arbitratge de consum, mitjançant ajuts i signes de qualitat i de reconeixement de les empreses que s'hi sotmeten.



6. Possibles millores en relació amb la definició de les competències decisòries

Superades les possibilitats d'autocomposició i de dissuasió, el jutge ha de decidir. En relació amb l'àmbit de la competència decisòria, és possible introduir encara algunes millores per facilitar la desjudicialització, en la mesura que resti millor definit el model de justícia i l'estructura dels tribunals, tot adaptant-la a les necessitats.

Fixats els graus de proximitat de la justícia al ciutadà, emmarcada l'organització judicial com a part del conjunt de serveis públics i millorada la distribució interna de competències, els operadors jurídics i els ciutadans poden valorar amb més coneixement de causa si els interessa o no el litigi.

6.1 Els poders públics, dividits en una pluralitat de centres de decisió (Ministeri, Consell, Departament, etc.) i portats a vegades per una errònia concepció de la independència judicial (entesa com una "no-interferència" en la definició de l'estructura del servei judicial), no han definit suficientment ni han tancat encara el **model de justícia** i el sistema de justícia que es vol.

La justícia pateix, des de fa dècades, d'una sobrecàrrega de feina i de clares deficiències estructurals, però no hi ha estudis de necessitats enfront de càlculs d'oportunitat, ni estudis d'impacte i la planta i els àmbits jurisdiccionals s'amplien constantment per impuls de reformes legislatives substantives o processals i no d'estudis estructurals. No s'han fixat les funcions netament jurisdiccionals (el nucli "dur" de l'article 117 CE) respecte a la funció de gestió, la funció de fixació jurídica, la funció de documentació o la funció executora, ni els àmbits d'exclusió de la jurisdicció.

La Comissió troba també com a causes de l'excessiva judicialització de la vida social la falta d'un model de justícia i la definició insuficient de les polítiques judicials estructurals i, per tant, considera que el primer pas per a la millora de les competències decisòries ha de ser de caràcter estratègic o polític: avaluar les necessitats reals, definir els àmbits no jurisdiccionals del conflicte, estructurar i dimensionar la planta de forma adequada i fixar les càrregues de treball suportables.

6.2 Vivim una **excessiva tendència a la judicialització** dels conflictes com a via preferent o exclusiva. En l'àmbit civil i mercantil, les polítiques públiques vigents en matèria de justícia (en temes com l'orientació jurídica i la justícia gratuïta) i la política legislativa actual creen expectatives falses sobre la solució jurídica de conflictes d'interessos, que no sempre tenen transcendència jurídica i inciten i afavoreixen la judicialització dels conflictes respecte a altres solucions, com l'autocomposició preventiva, la negociació o la transacció.

És necessari recuperar la vella autonomia de la voluntat i l'autocomposició (que els conflictes civils es resolguin amb medis ci-

vils). Cal un estudi d'impacte de la tasca jurisdiccional que permeti avaluar la real utilitat i eficàcia dels litigis i evitar una mecànica de legislació sota influència mediàtica o de finalitat simbòlica i sense memòria econòmica que en prevegi l'impacte.

6.3 El primer contacte del ciutadà no discrimina, en cap ordre jurisdiccional, cap **grau de proximitat de la justícia** i això implica una dificultat, perquè es tracten igual conflictes que són diferents i mereixen solucions diferents. L'abordatge jurisdiccional no pot ser igual en un conflicte encara no prou definit que en un altre en què els termes de la contradicció són clars, en un conflicte de convivència entre els veïns d'una escala que per resoldre una reclamació per competència deslleial entre empreses, en un tema purament fàctic que en un altre de complexa interpretació jurídica, en un conflicte d'arrel emocional que en un altre de fonament ideològic.

S'ha d'aprofundir, a l'igual que es diferencia el procediment en raó de la matèria o de la quantia (ordinari, verbal), en la diferent naturalesa de les pretensions dels que busquen justícia: la resposta es pot adaptar, en senzillesa, a la litigiositat de baixa intensitat, excloure els conflictes metajurídics, reformular les regles de *minimis*.

Concretament, pel que fa a la justícia de proximitat, el Consell General del Poder Judicial, en el seu "Plan de modernización de la Justicia" de 2009 recolza, com a mecanisme de desjudicialització, la creació de "órganos específicos para la resolución de conflictos menores".

S'ha de configurar un sistema de resolució dels conflictes quotidians dels ciutadans que ofereixi una solució àgil, comprensible i econòmica. Aquest sistema ha de prioritzar la mediació, el diàleg i la conciliació de postures com a estratègia en la resolució de conflictes, de forma que els aspectes més propis de la jurisdicció ordinària tradicional resultin supletoris a l'hora d'aplicar solucions. Els propis protagonistes del conflicte han de ser corresponsables en la cerca de les vies d'aproximació de llurs postures. L'estructura judicial s'ha d'adaptar als diferents conflictes, tot potenciant una justícia de proximitat.

6.4 El dret comparat apunta en aquesta direcció, com a França (amb les "maisons de droit") o Alemanya (amb els serveis socials jurídics primaris). El nou sistema s'ha d'establir sobre la base de l'**oferiment integrat dels diferents serveis** de resolució alternativa de conflictes (orientació i assessorament, mediació, conciliació, arbitratge de consum, etc.), que s'han d'estructurar de forma coordinada i conjunta entre totes les administracions que els ofereixen, fonamentalment l'administració local.

Aquests serveis s'han de prestar amb la participació d'equips de treball pluridisciplinaris. En aquells municipis que sigui possible, el sistema ha d'integrar la justícia de pau i ha de permetre la derivació de casos des dels tribunals.



Amb independència que el sistema pugui ajudar a resoldre els problemes d'acumulació de reclamacions judicials davant la justícia ordinària, la finalitat prioritària ha de ser la d'implantar un sistema que solucioni entre ciutadans, d'una manera diferent, els conflictes la naturalesa dels quals ho permeti.

La justícia de proximitat ha d'incloure com a última *ratio*, la funció decisòria, a càrrec d'un jutge, que pot ser de pau, en els limitats paràmetres d'un conflicte en què el component jurídic no és l'essencial.

La Comissió aposta per una justícia de proximitat basada en l'oferiment integrat dels diferents serveis de solució de conflictes, inclosa la funció decisòria, estructurat de forma coordinada i conjunta entre totes les administracions.

6.5 El progressiu desenvolupament de nous ordres jurisdiccionals i especialitzacions (VIDO, mercantil, família) busca i no sempre troba una adaptació estructural de proximitat i una simplificació de la tramitació a través d'atribucions universals de competència (penal i civil, civil i laboral, personal i patrimonial, respectivament). En sentit contrari, la divisió dels jutjats, a nivell de partits, amb exclusivitat en **matèria civil o penal** atribueix a jutges diferents els diferents aspectes (civils, criminals) de l'estudi i resolució dels casos. Sovint hi ha duplictat de tractament (delicte de trànsit i responsabilitat civil per accident de circulació, delicte contra la seguretat en el treball i petició d'indemnitzacions laborals o civils, etc.) i conflictes de jurisdicció i de competència. Per altra banda, de la clàssica "querella catalana" podríem arribar a un abús de les actuacions penals per violència domèstica que puguin buscar una postura avantatjada en la solució de la crisi familiar.

Cal un estudi detallat de l'increment de la litigiositat a causa de la divisió funcional en ordres jurisdiccionals i òrgans especialitzats. En el concret sector de confluència del penal i el civil, cal evitar l'ús espuri de la jurisdicció penal, com a forma d'alentiment de la solució dels conflictes i de tractament duplicat dels casos. El fet que el jutge de violència domèstica pugui atorgar mesures provisionals de separació incentivada, indegudament, l'ús de la via penal.

6.6 La pràctica judicial del **procés monitori** és protectora del deutor, fins i tot quan no dona raons en el termini de 20 dies. En aquest tràmit, no és preceptiva la designa de professionals de justícia gratuïta. En cas que el deutor no plantegi raons, es tanca el procés monitori per interlocutòria, que sovint es notifica al deutor sense estar previst legalment, obrint la via de l'apel·lació i de la petició de justícia gratuïta. En altre cas, s'exigeix al creditor una formulació de demanda executiva que la llei no demana (de fet, la Llei 1/2009 ha aclarit que és suficient amb una "mera sol·licitud") i sovint es practiquen notificacions al deutor no previstes a la llei.

Propugnem una interpretació simplificada de l'article 816 LEC que faci possible de forma eficaç la protecció del crèdit, sense recla-

mar una demanda executiva (sense perjudici del necessari control judicial), ni l'aplicació del termini previst a l'article 548 LEC. Cal una interpretació favorable a l'extensió de la cosa jutjada material al deutor que no presenta raons, ni s'oposa en el termini legal.

6.7 S'ha d'assegurar, per contra, el control judicial en el **procés monitori europeu**. Aquest és un procés establert en el Reglament 1896/2006 CEE, és un procés executiu de matriu germànica (monitori pur, no documental) que s'ha d'aplicar a Espanya sense interferències amb l'estructura del nostre monitori. La remissió supletòria als arts. 812 i seg. LEC (D.F. 23ª, 14) no s'avé amb el *acquis communautaire* i serà font de conflictes. Pot entrar en col·lisió amb la remissió del Reglament als processos interns ordinaris per al tràmit de declaratiu ordinari, quan s'oposen raons i amb les previsions de l'art. 17.2. L'exigència de la forma d'interlocutòria (D.F. 23ª, 5 i 6) xoca amb l'última reforma processal que atribueix aquestes competències als secretaris i secretàries judicials, en forma de decret.

En la regulació del monitori europeu, la remissió al tràmit de rescissió de sentències dictades en rebel·lia (art. 501 i seg. LEC) és l'única solució viable per garantir la tutela judicial efectiva, pel cas que el despatx del monitori s'atribueixi al secretari o secretària judicial. En l'execució d'un títol executiu europeu se n'ha de garantir també el control judicial.

6.8 La Llei 66/1997, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, va modificar l'article 80 de la Llei 37/1992, de 28 de desembre, de l'Impost sobre el Valor Afegit (IVA), per permetre la reducció de la base imposable en el cas de crèdits de manera total o parcialment incobrables, sense que existeixi un expedient de suspensió de pagaments o fallida, essent requisit *sine qua non* per a la seva recuperació, que el subjecte passiu hagi instat el seu cobrament mitjançant reclamació judicial al deutor.

Els apartats 4 i 5 de l'article 80 de la Llei d'IVA, han estat modificats recentment a través de la Llei 4/2008, de 23 de desembre de 2008, que regula també la tramitació de la recuperació de l'IVA en els supòsits de factures amb pagament ajornat.

L'article 80 de la Llei de l'IVA regula la possibilitat de recuperar l'IVA de les factures impagades, però estableix dos requisits per a la seva obtenció, un l'espera d'un termini inicial d'un any i un altre, la seva reclamació judicial dins del termini dels tres mesos següents.

L'Agència Tributària permet complir el requeriment de la reclamació judicial a través de la presentació d'una demanda de conciliació, la qual cosa està provocant l'ús espuri d'aquest instrument processal per part d'algunes companyies.

És incomprensible que s'exigeixi la interposició d'una demanda judicial, per justificar la devolució de l'IVA (amb la reforma les reclamacions en els supòsits de pagament ajornat



seran d'ínfima quantia), amb els costos que això comporta per a la pròpia Administració de Justícia, obligant el subjecte passiu a acudir a la via judicial per recuperar l'IVA, quan en molts supòsits i atesa la total insolvència del deutor, no interposaria un plet.

Com altre exemple, hem constatat que en certes èpoques s'han instat actuacions judicials per tenir accés a informació privilegiada (al padró d'habitants per conèixer els ocupants d'una finca, a l'Administració tributària, per saber dades fiscals del demandat, etc.).

Es proposa que es substitueixi la reclamació judicial com a requisit per recuperar l'IVA, per una reclamació extrajudicial que consti de forma fefaent, mitjançant carta remesa a través de burofax o per via notarial. Propugnem el rebuig de les demandes i de les peticions de prova que tenen per finalitat altra que la purament jurisdiccional.

6.9 Dintre de l'àmbit decisor, **l'arbitratge privat** té poc predicament entre els particulars, potser pel seu cost, i no ha experimentat progressos destacables en la resolució dels conflictes entre empreses (llevat d'alguns arbitratges institucionals, especialment en l'àmbit internacional). Estructuralment, es presenten com a dificultats per a la seva expansió el seu caràcter voluntari, la dependència de la jurisdicció estatal per a l'adopció de mesures provisionals i per a l'execució del laude, l'exigent jurisprudència, en algunes audiències provincials, sobre la validesa del laude amb una interpretació molt generosa de les causes de nul·litat, i la manca d'àrbitres estables i prestigiosos, coneguts pels contendents i que els generin confiança.

L'arbitratge privat té un prestigi en dret internacional que no es correspon amb el seu escàs impacte en el dret intern. Cal una reforma decidida de la Llei d'Arbitratge, amb l'aplicació de l'arbitratge d'equitat per persona de mútua confiança dels implicats i la professionalització d'un "col·legi d'àrbitres".

7. Mesures d'auxili i col·laboració per a l'exercici de la jurisdicció

Entorn de la funció decisòria hi ha un seguit de competències que no es corresponen pròpiament amb la facultat de jutjar, sinó amb el que els anglosaxons anomenen la *Litigation support*. L'activitat "instructora" en l'oficina judicial, la prevenció i preparació dels processos d'incapacitació, la preconstitució de la prova o la preparació del judici monitori en són exemples i poden estar en mans alienes al jutge.

Tanmateix, el jutge no ha de decidir, necessàriament, sobre les incidències d'execució de les seves resolucions quan no hi ha conflicte (esbrinament de domicili i patrimoni, concurrència d'execucions, exercici de la tutela).

Tots els particulars i les institucions i, en particular, els secretaris i els procuradors, estan cridats a col·laborar (art. 118 CE).

7.1 La publicació en el BOE de la Llei 13/2009, de 3 de novembre, de la reforma de la legislació processal per a la implementació de la nova oficina judicial, i de la Llei Orgànica 1/2009, de 3 de novembre, complementària de la Llei de Reforma de la Legislació Processal per a la Implantació de la Nova Oficina Judicial, ha introduït notables novetats en la tramitació dels procediments judicials, que han de comportar una "desjudicialització" dels conflictes, en la mesura que **passen al secretari o secretària judicial un conjunt important de competències** que fins ara estaven en mans del jutge, essencialment d'ordenació i documentació, però també d'auxili.

Segons el sentit de la reforma, el jutge no serà ja el responsable de la tramitació dels plets i es centrarà només en la funció decisòria respecte als que li entreguin els responsables dels serveis comuns o la unitat processal de suport directe.

La reforma de l'oficina judicial pot ser un important instrument de "desjudicialització", entesa com la incorporació d'un nou professional (el secretari o secretària judicial) a feines que fins ara eren competència dels jutges. És imprescindible salvar les competències indelegables del jutge i la definició clara de les fronteres entre "direcció" i "inspecció" dels "assumptes" (competència del jutge) i "direcció" i "inspecció" dels "serveis" (competència del secretari judicial).

7.2 **En concret**, la llei atribueix ara al secretari la important funció de direcció general i d'impuls del procés, li atorga competències exclusives per a diverses qualificacions técnicojurídiques (admissió a tràmit de la demanda, control dels pressupostos processals de jurisdicció i competència, declaració de rebel·lia, acumulació d'accions, determinació de la classe de judici, suspensió del procés àdhuc per prejudicialitat penal, resolucions sobre terminació del procés, execució, aprovació de la taxació de costes, actes de conciliació, control dels requisits per apel·lar i la seva esmena, fixació de la indemnització dels pèrits, homologació de les transaccions judicials, resolució de l'aixecament de mesures cautelars, declaració de fermesa de resolucions judicials, declaració de caducitat, correcció disciplinària de conductes processals, tràmit i resolució de la reconstrucció d'actuacions, etc.).

Els pressupostos processals (jurisdicció i competència) poden ser controlats d'ofici pel tribunal en qualsevol moment i per les parts a través de la declinatòria.

El desenvolupament d'aquestes competències pot significar una descàrrega important del volum de treball dels jutges i magistrats, però provocarà noves situacions problemàtiques que poden revertir en més tasca dels jutges. És important la redacció i generalització de protocols d'actuació per a la unificació de criteris.



7.3. Les **oficines d'assenyalament immediat**, es creen i regulen en els apartats 2 i 3 de la Disposició Addicional 5ª de la LEC, per a la tramitació dels judicis verbals seguits per raó de la quantia, els desnonaments, les mesures cautelars de protecció de menors, les mesures provisionals matrimonials i la separació i divorci de mutu acord. Les Lleis 1/2009 i 19/2009 n'amplien les competències.

La previsió de judicis d'assenyalament immediat s'hauria d'haver estès a tot tipus de procés considerat de tramitació preferent en la LEC i, per tant, als judicis verbals de protecció sumària de la possessió i al dret de rectificació. També s'hauria d'aplicar a les sol·licituds de prova anticipada i a l'assegurament de la prova.

7.4 Quant a l'**execució de sentències**, si les resolucions judicials fermes són *per se* executives, només cal l'"executòria" per complir-les, com a suport documental públic i solemne en què es consigna la sentència ferma i que recull l'obligació de tots els poders públics i dels particulars de complir-la (art. 245.4 LOPJ).

És clara la distribució de funcions introduïda en la reforma (art. 551) entre el jutge de l'execució, que dicta una "orden general de ejecución" i el secretari judicial, que concreta les mesures executives i dur a terme l'execució⁽⁵⁾.

El tribunal intervé en l'oposició a l'execució i en les terceres. El secretari s'encarrega dels llançaments, amb un exquisit respecte de les competències del tribunal sobre els eventuals drets de tercers ocupants (art. 675 2 i 3 LEC); aprova els comptes de l'administració, però respecta les competències del tribunal per resoldre les altres controvèrsies (art. 678 i 679); s'encarrega de l'entrega de cosa moble certa i determinada, però insta al tribunal l'ús de la força pública (art. 701); realitza les condemnes de fer i no fer (art. 705 i 706), però és el tribunal qui declara emesa una declaració de voluntat (art. 708); tramita l'incident de fixació de danys i perjudicis, però reserva al tribunal l'oposició; divideix les herències, però respecta la competència del tribunal per resoldre l'oposició (art. 787 LEC).

En execució de sentències, és possible una delegació executiva en el secretari judicial, si es fa compatible amb l'obligació del jutge de "fer executar allò que ha estat jutjat" com a part de la tutela efectiva i amb la garantia jurisdiccional última del dret a l'execució de les sentències. Cal que persisteixi el control judicial i anar precisant l'àmbit de la "mera execució" respecte als actes de transcendència jurisdiccional. Defensem, en aquest sentit, una interpretació acurada dels nous articles 562 i 563 LEC. L'execució provisional és un mecanisme adequat per a l'efectivitat de les sentències.

7.5 Sense renunciar al principi d'immediació, s'han de potenciar els instruments de **prova preconstituïda** (pericial "documentada", documental prèvia), a la forma anglosaxona, de manera que la pràctica de prova dintre del procés s'entengui

com a eventual i no sempre necessària. La **pràctica anticipada de prova** (art. 293 LEC) s'ha d'entendre com a mecanisme d'evitat el procés, tal com passa en altres ordenaments (la *consulenza tecnica preventiva* o l'*expertise préalable*) sense substituir l'obligació de les parts de buscar el material probatori.

Entenem que, en el procés civil actual, l'article 265 LEC presenta un quadre favorable a l'obtenció de les proves abans del procés, cosa que ha de reduir la pràctica de prova intraprocessal. Cal reclamar a les parts que recopilin les proves abans del plet i potenciar la pràctica anticipada de la prova com a mecanisme per evitar-lo o simplificar-lo, sense oblidar que la càrrega d'obtenir el material probatori és de les parts i no del jutjat.

7.6 El Consell General del Poder Judicial, en el seu "Plan de modernización de la justicia" de 2009, promou com a reforma per a la reducció de la litigiositat, l'"ampliació del **procediment monitori**". Els presidents dels tribunals superiors de justícia, en la seva reunió de novembre de 2009, proposen que els notaris puguin tramitar el requeriment de pagament i que el **judici de desnonament** es tramiti com a monitori.

La recent reforma processal ha augmentat la quantia del monitori a 250.000 euros i estableix que si no es donen raons, en el moment de practicar el requeriment, el secretari o secretària ha de dictar decret i donar trasllat al creditor perquè demani l'execució (sense necessitat de demanda executiva, ni d'ordre general d'execució).

Si es salva el control jurisdiccional, es podria derivar la fase inicial del procés monitori als notaris, amb les degudes precaucions i salvant el control jurisdiccional dels drets fonamentals (propietat, inviolabilitat de domicili, etc.).

En els processos de desnonament per manca de pagament de la renda o per expiració del termini contractual o legal, no ha de ser necessària la celebració de judici, quant a l'oposició només es presenta en un 10% dels casos.

Ha de ser possible, com a mecanisme d'auxili judicial, l'alternativa d'assignació de les competències inicials en el procés monitori passant dels secretaris judicials als notaris, com proposen els presidents dels tribunals superiors de justícia. Veiem possible l'aplicació als judicis de desnonament de la tècnica monitoria, amb desplaçament al deutor del contradictori, però amb un control rigorós del requeriment practicat a l'inquilí. Donades raons, l'arrendador només podria presentar el procés declaratiu corresponent. Si no hi ha oposició, se n'ha d'assegurar la supervisió judicial de l'execució, per l'especial afectació de la inviolabilitat del domicili, com a dret constitucional.

7.7 Pel que fa als **esbrinaments sobre el domicili i el patrimoni**, és possible una major presència i intervenció dels procuradors. Disposa l'article 156 LEC que quan el demandant manifesti que li és impossible designar un domicili o residència



del demandat, a efectes de la seva personació, s'utilitzaran pel secretari judicial els medis oportuns per esbrinar aquestes circumstàncies, podent dirigir-se als registres, organismes, col·legis professionals, entitats i empreses a què es refereix l'apartat 3 de l'article 155. Seria prou que el procurador acredités el poder amb què actua perquè dintre dels límits de l'assumpte en què intervé pogués accedir a aquesta informació, expressament autoritzat per resolució processal del secretari o secretària.

En matèria de notificació i trasllats el TJUE ha declarat que no és preceptiu que els dugui a terme un òrgan judicial (STJUE 25 de juny de 2009, C-14/2008, en una qüestió prejudicial plantejada en interpretació del Reglament 1348/2000).

Quan l'esbrinament de domicili i patrimoni es dirigeix a registres i organismes públics (INE per a domicili, TGSS per a domicili laboral i altres institucions), el procurador hauria d'estar facultat per accedir a aquestes consultes, en consonància amb el que estableix la llei, en seu d'execució, per a la investigació patrimonial (art. 590 LEC), perquè l'executant pot obtenir-los per ell mateix, o a través del seu procurador, degudament facultat a l'efecte pel seu poderdant.

Els procuradors podrien ser autoritzats progressivament, per accedir a aquests esbrinaments a través del Punt Neutre Judicial (PNJ), amb un conveni previ entre el Ministeri de Justícia i els col·legis de procuradors en què es comprometessin a respectar els termes de la Circular 6/2009 de la SGAJ, sobre acords adoptats en relació amb les consultes realitzades a través del PNJ. Seria possible inclús l'accés controlat a l'esbrinament patrimonial, tot establint en el propi conveni amb rigor i precisió els límits i responsabilitats.

7.8 Referent a les **multes**, la seva imposició en el procés civil compleix una funció, si bé suposa una càrrega per al procediment arribar a fer-les efectives, especialment en el procés d'execució, on, difícil d'arribar a la satisfacció del creditor, la imposició d'una multa trastorna el millor fi de l'execució. L'execució per multes no ha de perjudicar el dret preferent de l'executant.

Tanmateix, s'haurien **d'unificar les execucions** per via administrativa i judicial contra el mateix deutor, a través de la seva acumulació.

Proposem que un cop acordada la multa processal s'expeixi certificació i es remeti a hisenda pública o a un organisme recaptador que s'encarregui de fer-la efectiva i ingressar-la en el tresor públic. També s'hauria de buscar la forma d'unificar les execucions paral·leles de l'Administració i de la Jurisdicció contra un mateix deutor.

7.9 En els **procediments d'incapacitació**, ha de ser possible destriar els casos en què es fa necessària la interposició de la demanda d'aquells en els quals la protecció de la persona es

pot obtenir a través d'altres recursos (mèdics, familiars, socials). En aquesta fase ha de ser possible una solució que eviti el procediment judicial, amb tot el component de penositat que comporta, sobretot per a la persona suposadament incapaç, però també per als seus familiars i persones properes. Respecte al nomenament de tutor, quan són diversos els familiars que poden ser cridats (en el sentit legal del terme) a l'exercici de la tutela, saber prèviament qui està en millors condicions per exercir-la pot descarregar el procediment posterior d'una fase que en moltes ocasions esdevé font de conflictes.

La Comissió es mostra partidària de, abans d'iniciar un procés d'incapacitació, establir criteris clínics i psicosocials de valoració de les incapacitats ("cribatge"), fruit del treball conjunt entre els serveis socials, els sanitaris, els òrgans judicials i les entitats tutelars, criteris que orientin la idoneïtat de la proposta d'incapacitació. També advoca per identificar, abans del procés, la persona més idònia per exercir el càrrec tutelar.

7.10 En l'àmbit de la tutela, l'existència de sistemes alternatius de solució de conflictes pot ser de gran utilitat, de cara a resoldre les discrepàncies que es poden donar entre el tutor i els parents del tutelat (tant si la tutela l'exerceix un altre parent, una persona aliena a la família o una entitat sense ànim de lucre), entre els mateixos parents que no exerceixen la tutela, o, casos menys sovintejats, entre l'incapaç i el tutor o entre l'incapaç i els seus parents. Aquests conflictes es poden donar en tots els àmbits de **l'exercici de la tutela**: règim de visites, acompanyaments diversos (al metge, a llocs d'oci), alienació de béns quan esdevé necessària, rendició de comptes, internaments hospitalaris o residencials, etc. i, indefectiblement, tenen el jutjat com a destinatari i com a "solucionador" del problema i, en general, el jutge intervé massa sovint en problemàtiques que no comporten un conflicte d'abast jurisdiccional.

Proposem una interpretació de les previsions sobre exercici de la tutela que afavoreixi la solució no judicialitzada de les incidències que sorgeixen respecte a decisions personals i patrimonials de l'incapacitat. L'Administració pública, a través dels serveis socials, hauria de facilitar formats i models d'utilitat i disposar d'un servei d'informació i assessorament a les famílies. A través de la mediació es poden també evitar aquestes disputes i descarregar els jutjats de tasques de fixació i documentació jurídica.

8. La desjudicialització de les funcions de fixació jurídica

El jutge, per decidir, ha de fixar els "fets provats", en un exercici intel·lectual de valoració de les proves, però no de configuració jurídica de fets. Els fets existeixen abans de la seva valoració en via judicial i no correspon pròpiament al jutge fixar o concretar fets de significació jurídica, ni tan sols si han existit, sinó només constatar si han estat provats o no.



Al servei de la seguretat jurídica, aquesta funció s'exerceix fonamentalment amb la documentació, pública o privada. Constatar determinats fets, quan es busca la fixació jurídica, sense cap conflicte manifest, és funció dels particulars, que poden fer servir la institució notarial, la inscripció registral constitutiva, els arxius administratius o altres mitjans.

8.1 La pràctica forense mostra l'existència de determinats procediments que no contenen elements de litigiositat. És el cas del procediment d'**acceptació o repudiació de l'herència** (*interrogatio in iure*) en què no acostuma a haver conflicte. Per constatar la voluntat de l'hereu és suficient de fer-li un requeriment i donar-li un termini per manifestar si accepta o repudia l'herència. Només es justifica la presentació de la sol·licitud davant el jutjat en el cas que intervinguin menors o incapacitats, que han de ser representats pel ministeri fiscal o per un defensor judicial.

Es podria resoldre per via notarial la *interrogatio in iure* (art. 28 del Codi de successions) amb intervenció i assessorament d'advocat, si s'escau, i davant de notari competent en raó del domicili del requerit.

També passa una cosa semblant amb la pèrdua de la lletra de canvi (art. 85 LCCh).

Proposem que els requeriments per a acceptació o repudiació de l'herència i l'expedient per pèrdua de lletra de canvi, com a procediments de fixació jurídica, es puguin tramitar per via notarial.

8.2 Les actes de notorietat de **declaració d'hereus ab intestato** s'haurien d'estendre als hereus col·laterals i a la Generalitat, tot i la seva major complexitat (ja que no és suficient el simple llibre de família del difunt, sinó acreditar noves incidències econòmiques i fiscals). Pressuposada la manca de contencions, seria possible la solució notarial, amb la intervenció d'un lletrat, si s'escau, en defensa dels interessats.

La Comissió proposa que s'estengui la declaració notarial d'hereus ab intestato als col·laterals i a la respectiva Comunitat Autònoma, en cas que no existeixin parents dintre del quart grau, amb assistència lletrada si s'escau, almenys d'un mateix advocat per a tots els interessats.

8.3 De vegades, són necessàries la **delimitació i fitació de finques i les rectificacions de cabuda**, fins i tot en pisos en règim de propietat horitzontal (quan la quota no es correspon amb la superfície real o quan essent idèntics els pisos es van inscriure menys metres). La coordinació amb el cadastre ha de fer possible la rectificació a través d'acta notarial que acrediti els fets, amb la incorporació de certificat de perit o tècnic, la compareixença dels propietaris de les finques veïnes, la certificació del president de la junta de propietaris, l'autorització municipal o altra documentació pertinent.

La Comissió proposa que a través de l'acta notarial de presència i protocol·lització de certificats cadastrals, declaracions o documents o informes de tècnics competents es puguin practicar delimitacions i fitacions de finques i rectificacions de cabuda àdhuc de finques en règim de propietat horitzontal sense necessitat d'aprovació judicial, perquè no s'afecten tercers.

8.4. Hi ha actuacions pròpies dels auditors de comptes i membres de professions comptables (economistes, MBA, etc.) que participen de la naturalesa d'actes de fixació de fets. En altre àmbit, el notari podria fer acta de les **junes de societats** (anònima, limitada, cooperativa, associacions, fundacions) i a aquests efectes podria fer la convocatòria.

Es proposa que sigui d'exclusiva competència notarial la convocatòria de tota mena de juntes (anònimes, limitades, cooperatives, associacions, fundacions, etc.) quan junt a la convocatòria es vulgui que es faci acta notarial de la junta i que es delegui en professionals competents les actuacions de fixació econòmica de l'estat comptable de les societats (auditories) amb plena validesa.

8.5 Hauria de ser possible el **nomenament de perits o liquidadors** de societats o associacions sense necessitat d'intervenció judicial i aquest nomenament podria ser atribuït als col·legis professionals.

Igualment, els registradors mercantils podrien, en absència de controvèrsia, descarregar de treball els jutjats mercantils en el nomenament de **coadministradors** de companyies mercantils, la designació de liquidadors segons la Llei de Societats de Responsabilitat Limitada, el nomenament d'**auditors**, la convocatòria de juntes i assemblees i la designació del seu president, **venda i amortització** d'accions i participacions d'autocartera o **exhibició** de llibres i suports comptables.

Per a la liquidació ordenada de persones jurídiques pot ser suficient la designa de professionals per part del respectiu col·legi, sense necessitat d'expedient concursal. Igualment, els registradors mercantils podrien nomenar càrrecs societaris (coadministradors, liquidadors, auditors) i proveir a l'assenyalament de juntes i assemblees i a l'alienació d'accions i participacions i exhibició de llibres.

8.6 Les **diligències preliminars** tenen una finalitat de fixació jurídica i són cada vegada més freqüents, especialment la d'exhibició de documents. Impliquen la incoació d'un procediment que, en cas que se'n decideixi l'admissió suposa fixar una caució que s'ha de fer efectiva dintre dels tres dies següents de la interlocutòria que les concedeix. Si no es presta la caució en temps s'arxiven les actuacions. Prestada la caució i practicades les diligències preliminars la caució prestada es perd si transcorregut un mes des de la terminació de les diligències no s'interposa la corresponent demanda. En la pràctica és freqüent que les diligències preliminars s'arxivin per manca de caució o que es perdi perquè no s'interposa procediment judicial.

Proposem una selecció de supòsits dels que hi ha recollits a l'art. 256 LEC que pugui desplaçar-se a l'àmbit notarial, de manera que només quan hi hagi oposició o negativa a la pràctica de les diligències preliminars es pogués arribar a la via judicial, quan no estiguin en joc drets fonamentals.

8.7 La situació **d'insolvència del consumidor**, persona física, mereix un tractament nou, en la mesura que està propiciat per un sobreendeutament per assumptió de deutes de forma incontrolada (sobreendeutament actiu) i per la incapacitat sobrevinguda de fer front als crèdits per causes imprevistes sobrevingudes (sobreendeutament passiu). El nostre país no té una legislació preventiva o resolutiva de l'endeutament del consumidor i la Llei Concursal no preveu aquestes situacions. El dret comparat ofereix solucions com el *fresh start* anglosaxó o la condonació del deute alemany (*resteschuldbefreiung*), quan el deutor no ha incorregut en conducta desordenada. En aquest sentit, cal tenir en compte les competències de les comunitats autònomes en matèria de consum.

Proposem una reforma legislativa que reguli un procés extra-judicial (i, si s'escau, judicial), per al consumidor persona física en situació d'insolvència, que eviti les conseqüències de l'article 1911 del Codi civil estatal, en els casos de sobreendeutament del consumidor, aplicable només als deutors de bona fe.

9. L'atribució de funcions de publicitat i seguretat jurídica

Les sentències produeixen seguretat jurídica, més en les relacions interpersonals que amb caràcter general, com a efecte indirecte o reflex. Són un instrument de la seguretat jurídica, però no correspon al jutge, ni és propi de la funció decisòria, vetllar per dita seguretat jurídica. El procés no deixa de reflectir una patologia, una mostra d'inseguretat jurídica que es resol amb la sentència, de forma que les institucions naturals que garanteixen la informació i la publicitat dels fets jurídics més significatius, els actes i els contractes són els registres públics.

La informació de les transaccions, especialment les immobiliàries, la publicitat dels actes i els contractes per tal de garantir els drets de tercers formen part de la funció de publicitat en l'ordenament jurídic.

Per altra banda, els actes de l'anomenada "jurisdicció voluntària" busquen l'acreditació de determinats fets tot cercant seguretat jurídica, però no són pròpiament actes de «jurisdicció». Tot i que alguns procediments regulats al Llibre III de la LEC de 1881 eren, realment, procediments contenciosos, feta la depuració és clar que el jutge desenvolupa en molts actes d'"intervenció" voluntària funcions no decisòries d'un conflicte, sinó de publicitat, de fixació jurídica o per a la seguretat jurídica.

9.1 Les funcions del Registre civil són, fonamentalment, de publicitat i de seguretat jurídica (inscripcions de naixement, matrimoni, tuteles i defuncions). És cert que els encarregats del Registre qualifiquen documents, celebren matrimonis i n'asseguren la legalitat i fan altres funcions no purament de publicitat. Però la funció bàsica de la institució és la publicitat i no la resolució de conflictes i per desenvolupar-la no cal que aquests òrgans estiguessin servits pels jutges.

La Comissió es mostra partidària de descarregar els membres de la carrera judicial de les tasques pròpies del Registre civil.

9.2 És absolutament necessària i urgent la promulgació de la **nova Llei de "Jurisdicció Voluntària"** (millor: "intervenció voluntària"). La regulació de la vella LEC incloïa en el seu Llibre III actes i procediments de diversa naturalesa però, depurats i apartats els processos realment contenciosos, la "jurisdicció voluntària" no es pot considerar "jurisdiccional", en el sentit que les actuacions descrites a la vella llei i aquestes intervencions dels jutges no es fan per a la resolució d'un conflicte, d'un contradictori, sinó per a la fixació de fets jurídics.

En puritat, l'expressió "jurisdicció voluntària" inclou termes contradictoris i seria preferible parlar d'"intervenció voluntària" del jutge en aquests tipus d'actuacions, la qual cosa facilita el desplaçament d'aquestes competències a altres professionals. L'acta notarial de notorietat, com a mecanisme de fixació de fets que no impliquin un interès públic, pot ser l'instrument més adequat per fixar "voluntàriament" determinades situacions fàcticament indefinides.

Es podrien incloure en aquest camp les informacions de perpètua memòria, l'ús efectiu i notori del nom comercial, el testimoni notarial del llibre de família, el dipòsit i reconeixement d'efectes mercantils, la pèrdua, sostracció o destrucció de lletres de canvi, pagarés o xecs, la justificació i liquidació d'avaries, l'abandonament de mercaderies, el préstec a la grossa, la reparació de la nau, etc.

Proposem simplificar i homogeneïtzar la tramitació notarial, amb una regulació més dúctil del procediment notarial de "jurisdicció" voluntària ("intervenció voluntària"), consolidant la legislació i la praxis notarial ja existent amb possibilitat d'incloure en el futur noves realitats i que el propi notari pugui exigir més documents públics o privats, informes tècnics o declaracions de testimonis que els aportats, abans de declarar o constatar els fets.

9.3 La tramitació i la inscripció dels expedients de domini (per dubtes d'identificació de la finca, immatriculació o excés de cabuda o expedient per al reanudament del tracte successiu), expedient d'alliberament de gravàmens, inscripció de drets reals sobre finques no inscrites, nota marginal de doble immatriculació i pròrroga d'anotació preventiva per defecte esmenable, contenen aspectes notariais i registrals que, cara a la publicació de la nova Llei de "Jurisdicció" Voluntària ("in-



tervenció" voluntària) han de quedar resoltes, tot evitant en la mesura que sigui possible la revisió jurisdiccional.

La Comissió considera imprescindible que en la nova Llei de "Jurisdicció" Voluntària ("intervenció" voluntària) es defineixin amb claredat els àmbits de fixació jurídica i de publicació i seguretat jurídiques, tot evitant el més possible la revisió jurisdiccional dels conflictes entre els professionals encarregats de les respectives funcions en un i altre àmbit.

9.4 La conclusió del **contracte d'arrendament** amb abandonament del domicili per part de l'arrendatari no reflexa cap conflicte, perquè deriva de la renúncia de l'arrendatari. Aquest fet pot comportar l'entrega de claus, la devolució de quantitats (fiança) o la recuperació de la possessió sense intervenció judicial i per via notarial (que acreditaria l'estat de la finca, a través de l'acta d'entrega i presència, etc.) quan no hi ha necessitat de desnonament.

Es proposa l'acta notarial, en la seva modalitat oportuna d'entrega, exhibició, presència, etc., com a via per a l'entrega de la possessió de mobles i immobles i l'acreditació del seu estat al moment de l'entrega, quan no hi hagi contradicció, ni sigui necessari l'ús de la força pública per al desnonament (en cas d'abandonament del domicili per part del seu ocupant).

9.5 La realització d'**inventaris** (en dret successori, dret matrimonial, etc.) es pot dur a terme per acta notarial per constatar situacions, quan no hi hagi actuació negocial, inclús amb fotografies o informes tècnics, amb idèntics efectes que si fos per via judicial.

Es proposa que, amb caràcter general, els inventaris notariais tinguin idèntics efectes que si fossin fets en via judicial.

9.6 L'expedient de **consignació voluntària** de deutes (preus, rendes) podria ser també derivat a la via notarial, ampliant les competències del notari a l'acreditació de la recepció i notificació i a la declaració provisional dels efectes alliberadors del pagament, com a acte presumpte.

Es proposa que es reculli en una disposició addicional de la nova llei reguladora de l'anomenada "jurisdicció voluntària" ("intervenció voluntària"), que tingui els mateixos efectes la consignació notarial de rendes o preus que la que es pugui fer judicialment, potenciant la notarial amb presumpció d'efectes alliberadors.

9.7 Una altra funció que podrien assumir els notaris fàcilment dintre de l'àmbit successori és la **protocol·lització de testaments hològrafs**, mitjançant els medis d'acreditació que el notari estimi convenients per garantir l'autoria, especialment la intervenció del pèrit cal·lígraf lliurement designat per ell o pel col·legi respectiu.

Es proposa l'adveració notarial dels testaments hològrafs amb la necessària assistència de pèrit cal·lígraf i la pràctica de proves racionals, quan no es tracti de demostrar un fet ja acreditat o de perjudicar persones en els seus drets hereditaris, com a conseqüència de la declaració de validesa o nul·litat del testament hològraf.

9.8 La necessitat que el Registre de la Propietat s'adeqüi a la situació extraregstral es posa de manifest en el moment de l'alienació, sobretot, si es formalitza hipoteca sotmesa a la legislació del mercat hipotecari de 1981, perquè cal **cancel·lar les càrregues**, condicions resolutòries en garantia de lletres de canvi, de vegades extraviades, servituds que s'arrossegueu de la finca matriu i que és evident que no poden existir, fideïcomisos o condicions resolutòries, per posar alguns exemples.

Es proposa que amb el rang jeràrquic de llei, es consideri l'acta de notorietat o l'expedient registral, segons les respectives competències, com la via més adequada per acreditar l'extinció de les càrregues inoperants del registre de la propietat.

9.9 Tot destacant les diferències entre la funció fixadora del notari i la funció qualificadora del registrador, que es pot estendre al control del judici de notorietat de les actes notariales i al contingut dels manaments processals i judicials, cal un respecte exquisit de les respectives funcions, de forma que no es generi una litigiositat afegida per les reserves d'uns o altres operadors jurídics.

Per altra banda, l'assignació als secretaris i secretàries judicials de l'execució, de l'aprovació de la rematada i de la confecció dels títols a inscriure pot xocar, en tant que no és jurisdiccional, amb les competències de qualificació registral.

La Comissió advoca per una coordinació en la regulació específica de la legislació hipotecària, processal, notarial i de "jurisdicció" voluntària (intervenció voluntària) que integri tots els sistemes de verificació, aclareixi les opcions dels ciutadans d'actuar davant el secretari judicial o el notari i elimini o redueixi al màxim el control judicial de les discrepàncies entre la qualificació registral i l'actuació notarial o del secretari judicial.

10. Conclusions i recomanacions finals

10.1 La Comissió ha reflexionat sobre el sentit i abast d'una progressiva desjudicialització en la perspectiva de reducció de la càrrega de treball. Ho ha fet a partir de la definició i delimitació de la funció decisòria pròpia del jutge davant d'altres funcions i competències (documentària, fixadora, de publicació).

Ha destacat la necessitat de preservar el dret constitucional a una tutela judicial efectiva i de respectar el procés com a instrument democràtic per a la resolució dels conflictes. Però també ha constatat que aquest dret i l'ús del procés no són il·limitats.



Ha advertit que el dret a la tutela judicial efectiva actua com a succedani de l'autocomposició dels conflictes, en la mesura que l'Estat, a través del jutge, només pot intervenir en la vida dels particulars per solucionar els conflictes en determinades condicions i amb uns límits ben definits.

Ha conclòs també que el dret a la tutela judicial efectiva té com a contrapès, a la balança, una vessant en negatiu: el dret dels ciutadans a no veure's sotmesos de forma abusiva i indeguda a un procés, cosa que es pot traduir en limitacions en l'accés i en determinades mesures dissuasives. La Comissió afirma que l'Estat també està legitimat per rescabalar-se, a càrrec de qui abusa, del cost del servei judicial.

10.2 La Comissió entén que la desjudicialització passa, de manera fonamental, per una clarificació de les competències jurídiques que redueixi les pròpies de la funció judicial a l'àmbit decisor.

Per això reclama un enfortiment de la funció d'assessorament i defensa que duen a terme els advocats, per tal d'evitar els plets i la introducció de mecanismes de prevenció del procés (pràctica notarial de diligències preliminars, preconstituïció de la prova, prevenció de la tutela, promoció de defensors institucionals, previsions notariales de futur en dret de la persona i de la família, conformitats en l'àmbit penal, etc.).

Sosté que el jutge pugui comptar amb la col·laboració dels operadors jurídics (secretaris i secretàries judicials, procuradors dels tribunals) en la tramitació processal.

També demana que s'eximeixi el jutge del coneixement dels casos en què no hi ha conflicte manifest (exercici de la tutela, divorci o separació consensual sense fills, divisió de cosa comuna, "jurisdicció" voluntària, etc.).

10.3 La Comissió aposta decididament pels medis de solució alternativa dels conflictes en tots els àmbits (mediació, arbitratge de consum, arbitratge privat) i per la conciliació preprocessal i intraprocessal.

Defensa determinades mesures dissuasives de la litigiositat (increment de les exigències per gaudir del benefici de justícia gratuïta, sancions de l'abús processal, ampliació del sistema de taxes, introducció de determinades restriccions en el sistema de recursos, modificacions del judici monitori, etc.), tot reclamant que aquestes mesures siguin proporcionades i que no tinguin finalitat recaptatòria.

Demana de les administracions públiques, a través dels serveis socials, que promoguin la solució conciliada dels conflictes en una nova justícia de proximitat, a través d'un sistema integrat de serveis.

Propugna la introducció de mecanismes de mediació en la contractació administrativa.

10.4 La Comissió promou també algunes reformes estructurals, en relació amb la definició del model de justícia, es mostra favorable a la introducció de la nova oficina judicial i proposa diverses reformes processals puntuals (conciliació processal, pacte anàleg al comissori, recurs d'apel·lació i de cassació).

Propugna, també, treballar en l'àmbit de l'educació per a la ciutadania i de la cultura jurídica com a garantia d'una futura desjudicialització dels conflictes, i el desenvolupament de bones pràctiques professionals en tots els àmbits.

Barcelona, 15 de març de 2010

- (1) A tall d'exemple, la "Hoja de Ruta" publicada pel Consell General del Poder Judicial per a la modernització de la Justícia (desembre de 2009) posa de manifest que de 1999 a 2008 el nombre de litigis a Espanya ha passat de 6.280.756 a 8.908.496.
- (2) Venegas GRAU, M.: *Derechos Fundamentales y Derecho privado (los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada)*, Tesis Doctoral, Marcial Pons, Madrid, 2004, 210; GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, 110, 127 i 214.
- (3) No podem parlar, pròpiament, de drets i deures subjectius respecte a la prestació de justícia. Els "drets" i els "deures" són les situacions de poder d'una persona (posició activa) i de submissió d'altra o altres (posició passiva) que els faculta per demanar o els obliga a suportar, respectivament, determinades conseqüències establertes a la llei. No és aquest el vincle que deriva de l'article 24 CE. En una relació jurídica, hi ha una situació de poder i deure concrets en què estan vinculats subjectes determinats, de forma que algun d'ells pot exigir a l'altre determinada conducta que aquest ha d'observar i a l'observança de la qual el pot compel·lir l'ordenament jurídic (LACRUZ BERDEJO, J. L. i SANCHO REBULLIDA, I.: *Elementos de Derecho civil*, II, 4^a ed. Barcelona, José M^a Bosch, 1997 i ed. Dykinson, nova edició, Madrid, 2002, posta al dia per Joaquín RAMOS ALBESA).
- (4) Com en matèria d'assegurança obligatòria de vehicles de motor, en matèria de pensions alimentàries o compensatòries en procés de crisi familiar, indemnitzacions *standard* o criteris preestablerts en contractes d'agència i similar, dany moral, etc.
- (5) En concret, el secretari judicial controla l'oferta de mesures alternatives o de la caució en l'oposició a l'execució provisional, resol l'acumulació d'execucions i la suspensió per prejudicialitat penal, fa el judici de pertinència dels béns embargats com de l'executat, porta a terme la interrogació de béns, determina l'execució a través d'entitat especialitzada, estableix dipòsits i nomena dipositaris, acorda el reembargament i les seves garanties en la via de constreyniment, nomena el pèrit taxador, acorda la venda autoritzada o la subhasta, aprova la rematada i dicta el decret d'adjudicació o el d'insolvència.

Aproximació urgent a la Llei 19/2010, de 7 de juny, de Regulació de l'Impost sobre Successions i Donacions a Catalunya

L'autor es qüestiona si és procedent o no realitzar aquest treball per diversos motius: per la necessària regulació reglamentària de desenvolupament de la norma i per la reiterada proposta de CiU de reformar-ne el text. No obstant això, i en paraules del propi autor: «Cedeixo a la temptació personal de reprendre temes antics i oblidats i intentar donar a conèixer la norma perquè pugui ser d'utilitat, tot i que sigui transitòria.»

JAIME AGUSTÍN JUSTRIBÓ
Notari de Barcelona

I. Raons d'aquest treball

L'autor s'ha preguntat si valia la pena afrontar l'estudi i l'exposició d'aquesta nova llei per dues raons:

- 1) Per definició, és una llei reglamentista, tal com veurem després. Requereix, d'acord amb el seu context i terminologia, un ampli desplegament reglamentari, ja sigui a través d'un reglament pròpiament dit, mitjançant un decret que el govern català ha d'aprovar en un termini de 12 mesos a comptar de l'entrada en vigor de la llei, ja sigui a través d'altres disposicions de rang menor a càrrec de la persona titular del departament competent en matèria de finances (disposició final segona). Crida



l'atenció el termini de 12 mesos, i no el d'un any per a l'aprovació del reglament i la referència a la persona titular del departament de finances, en lloc d'anomenar directament el conseller d'Economia.

- 2) En el panorama de les properes eleccions autonòmiques és possible que Convergència i Unió quedi en posició de governar sola o en coalició. Els seus dirigents han assumit públicament el compromís de suprimir l'ISD com a mínim en relacions de proximitat familiar, amb la qual cosa la llei que ara comentaré seria notablement reformada i desactivada en gran part. Per això semblava convenient esperar el decurs d'aquests temps per veure com queda la regulació definitiva de l'ISD a Catalunya, però aquesta és una llei nova, en vigor des del dia 12 de juny de 2010, si bé s'aplica d'acord amb la disposició final primera als fets imposables meritats a partir de l'1 de gener de 2010, i fins i tot (pel que fa a la flexibilitat o l'atenuació de les regles de manteniment dels béns adquirits *inter vivos* o *mortis causa* objecte de reduccions objectives) als fets imposables meritats amb anterioritat a aquesta data.

Tot i això, he cedit a la temptació personal de reprendre temes antics i oblidats, i intentar donar-ne a conèixer alguns aspectes perquè pugui ser d'utilitat tot i que sigui transitòria. Per la resta, ja he dit en altres ocasions que en dret fiscal estem en una situació de dret transitori permanent.

II. Aproximació a la llei

No es pot emprendre amb cert rigor jurídic l'estudi de la Llei 19/2010, de 7 de juny, sobre l'ISD (en endavant, Llei catalana) sense tenir en compte prèviament la seva relació —complexa per a l'autor i els lectors que manegen amb dificultat el dret públic— amb el sistema legal de la cessió de tributs de l'Estat a la Comunitat Autònoma de Catalunya, prèviament i recentment modificat.

El sistema de finançament de les comunitats autònomes està recollit en la Llei

orgànica 23/2009, de 18 de desembre, que modifica la Llei 8/1980, de 22 de setembre (LOFCA) i la Llei 22/2009, de 18 de desembre, que regula pròpiament el sistema. Ambdues tracten la reforma derivada de l'Acord del Consell de Política Fiscal i Financera de les comunitats autònomes núm. 6/2009, de 15 de juliol. A l'article 25 de la Llei estatal 22/2009 es manté la relació dels impostos cedits, entre els quals es troba l'ISD.

El rendiment de l'impost se cedeix totalment i afecta, d'acord amb l'article 48, a les reduccions de la base imposable, tarifa, quantia i coeficients del patrimoni preexistents, les reduccions i bonificacions de la quota i la regulació d'aspectes de gestió i liquidació

A efectes pràctics, l'Estat s'ha reservat la potestat normativa originària (article 4 de la Llei General Tributària), l'exercici de la qual implicarà automàticament la modificació correlativa de la cessió. Congruentment a l'article 25.2 de la Llei estatal 22/2009, s'estableix com a límit de la cessió que l'eventual supressió o modificació per part de l'Estat del tribut cedit implicarà l'extinció o modificació de la cessió. L'article 27 d'aquesta disposició estableix com a aplicable als tributs cedits el següent principi de jerarquia normativa:

«Article 27.

1. Els tributs, el rendiment dels quals se cedeixi a les comunitats autònomes, es regiran pels convenis o tractats internacionals, la Llei 58/2003 de 17 de desembre, General Tributària, la llei pròpia de cada tribut, els reglaments generals dictats en desenvolupament de la Llei 58/2003, de 17 de desembre, General Tributària i de les lleis pròpies de cada tribut, la resta de disposicions de caràcter general, reglamentàries o interpretatives dictades per l'Administració de l'Estat i, en els termes previstos en aquest títol, per les normes emanades de la Comunitat Autònoma competent segons l'abast i els punts de connexió que s'hi estableixen.

La terminologia i els conceptes de les normes que dicten les comunitats autònomes s'adequaran a la Llei 58/2003, de 17 de desembre, General Tributària.

2. La normativa que dictin les comunitats autònomes en relació amb les matèries la competència de les quals els correspongui d'acord amb el seu Estatut d'Autonomia i que sigui susceptible de tenir, per via indirecta, efectes fiscals, no produirà aquests efectes si el règim tributari que configuri no s'ajusta al que s'estableix en les normes estatals.»

Aquest apartat produeix certa perplexitat, però en tot cas haurà d'estar a la jerarquia normativa de l'article 27.1 transcrit anteriorment i la seva vulneració podrà ser objecte de la impugnació corresponent.

L'article 28 d'aquesta mateixa Llei regula la residència habitual de les persones físiques, i considera en general per a l'ISD que les persones físiques residents en territori espanyol ho són en el territori d'una comunitat autònoma, quan romanen en aquest territori un major nombre de dies del període dels cinc anys immediatament anteriors, comptats de data a data, que finalitzi el dia anterior al de la meritació en l'ISD. A l'article 28.4 s'estableix que no tindran efecte els canvis de residència que tinguin per objecte principal aconseguir una menor tributació efectiva en els tributs cedits de manera total o parcial.

Tret que es provi el contrari, es considerarà que una persona física roman al territori d'una comunitat autònoma si hi té l'habitatge habitual, definit de conformitat amb la normativa de l'IRPF; si no, en funció d'on tingui el principal centre d'interessos (això és el territori on tingui la major part de la base imposable de l'IRPF); i en últim terme, segons l'última residència declarada a efectes de l'IRPF. Per tant, en aquest camp de l'ISD es modifica el concepte de residència habitual i s'amplia l'anterior període d'un 1 any fins a 5 anys en relació amb els punts de connexió que s'indicaran a continuació.

A l'article 32 es precisa la cessió a la comunitat autònoma del rendiment de l'impost sobre successions i donacions produït en el seu territori. Es considera produït el



rendiment segons els següents punts de connexió: en el cas de l'impost que grava les adquisicions *mortis causa* i les quantitats percebudes per beneficiaris d'assegurances de vida, en el territori on el causant tingui la residència habitual en la data de meritació; en el cas de l'impost que grava les donacions de béns immobles, el territori on aquests radiquin, tenint la consideració de donacions de béns immobles les transmissions a títol gratuït dels valors als quals es refereix l'article 108 de la Llei del Mercat de Valors; i en el cas de l'impost que grava les donacions de la resta de béns i drets, en el territori on el donatari tingui la residència habitual en la data de meritació.

Pel que fa a les competències cedides a les comunitats autònomes, no hi ha canvis en l'ISD, el rendiment del qual se cedeix totalment i afecta, d'acord amb l'article 48, a les reduccions de la base imposable, tarifa, quantia i coeficients del patrimoni preexistents, les reduccions i bonificacions de la quota i la regulació d'aspectes de gestió i liquidació.

S'introdueix la possibilitat que les comunitats autònomes assumeixin per delegació de l'Estat la competència per a la revisió dels actes que hagin dictat en relació amb els tributs cedits.

En l'article 55.3 s'estableix que els documents i autoliquidacions de l'ISD es presentaran i tindran efectes alliberadors davant l'oficina competent de la comunitat autònoma a la qual pertanyi el rendiment d'acord amb els punts de connexió aplicables. Quan el rendiment correspongui a actes i contractes continguts en el mateix document, que es considerin produïts en diferents comunitats autònomes, correspondrà la presentació a l'oficina competent de cada comunitat, si bé l'autoliquidació que es formuli només es referirà al rendiment produït en el respectiu territori.

El títol segon regula les reduccions aplicables a les transmissions *inter vivos*. És la principal novetat de la Llei

El règim de cessió de tributs de l'Estat a la Comunitat Autònoma de Catalunya i la

fixació de l'abast i les condicions d'aquesta cessió estan continguts a la Llei estatal 16/2010, de 16 de juliol de 2010, com a conseqüència del nou sistema de finançament autonòmic abans esmentat, i s'adequa el contingut de la disposició addicional setena de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya al nou règim de cessió de tributs, sense que això tingui la consideració de modificació de l'Estatut. Tot això, en els termes aprovats per la comissió mixta Estat-Generalitat en sessió plenària de 22 de desembre de 2009. La Comunitat Autònoma de Catalunya assumeix, a més, la competència per a la resolució de determinades resolucions economicoadministratives (en única instància) i, seguint el criteri de normes anteriors, ha de remetre a la Comissió General de les Comunitats Autònomes del Senat els projectes de normes legislatives en aquest apartat abans que s'aprovin. Aquesta obligació s'ha hagut de complir en relació amb la llei catalana que estem comentant.

III. Objectius de la llei catalana

Seguint el preàmbul, l'ISD, juntament amb l'IRPF, del qual és complementari, constitueix un element important per garantir la progressivitat del sistema tributari i contribueix al mateix temps a la redistribució de la riquesa. És una norma dictada a l'empara de les competències cedides, si bé, com ja se sap, l'Estat s'ha reservat la potestat normativa originària i el seu exercici implicarà automàticament la modificació correlativa de la cessió.

Tant en la doctrina com al carrer es debat i es qüestiona la utilitat i la pervivència de l'ISD, una controvèrsia en ocasions apassionada i sobre la qual, però, no vull opinar en aquest estudi.

El legislador impulsa la reforma de l'impost, el manté dintre del sistema tributari, però en corregeix les «inequidades subyacentes». Així ho fa en part la Llei catalana 26/2009, de 23 de desembre, de Mesures Fiscals, Financeres i Administratives. És curiosa l'expressió incorrecta «inequidades» en lloc de «iniquidades» (iniquitats, en català), única admesa pel diccionari de la Real Acadèmia Espanyola. Aquestes *iniquitats* com a tals no poden ser suprimides per la

lleí, ja que l'equitat com a criteri d'aplicació del dret és omesa per la LGT que, a més, exclou expressament l'analogia en l'article 14 per estendre més enllà dels seus termes estrictes l'àmbit del fet imposable, de les exempcions i d'altres beneficis o incentius fiscals.

La Llei 19/2010, de 7 de juny, de l'ISD, publicada al *Diari Oficial de la Generalitat* l'11 de juny, dona compliment al mandat al govern de la Llei 26/2009 dintre del marc de competències atribuïdes a la Generalitat de Catalunya per la Llei estatal 22/2009, de 18 de desembre, abans citada, per la qual es regula el sistema de finançament de les entitats autònomes de règim comú i ciutats amb estatut d'autonomia. Els objectius de la Llei de l'ISD són tres:

- Reforçar la seguretat jurídica amb una nova sistematització o redacció i amb la incorporació al text de normes que precisen o aclareixen conceptes.
- Reunir en un únic text totes les normes legals vigents en diferents textos i a la vegada introduir noves normes amb la clara voluntat d'afrontar una regulació completa i integral de l'impost dintre dels marges de capacitat normativa que permet el sistema de cessió de tributs vigent.
- Simplificar i millorar la gestió de l'impost.

IV. Aspectes formals de la llei

La Llei de l'ISD és extensa i conté referències a altres lleis, o les reproduïu, i es podria qualificar de reglamentista.

1. És una llei extensa

La nova Llei catalana apareix amb finalitat codificadora i introdueix, a més, alguna norma nova i amb l'ambició d'establir una regulació completa de l'ISD dintre de les limitacions competencials de la Llei de Cessió de Tributs. Conté 75 articles agrupats en sis títols, quatre disposicions addicionals, dues disposicions transitòries, una disposició derogatòria i dues disposicions finals.

— El títol primer regula les reduccions de la base imposable aplicables a les disposicions *mortis causa*.

— El títol segon regula les reduccions aplicables a les transmissions *inter vivos*. És la principal novetat de la Llei.

— El títol tercer, dedicat al deute tributari, regula la tarifa i la quota tributària que es refereixen a les dues modalitats de l'impost.

— El títol quart s'ocupa de les disposicions comunes als dos tipus d'adquisicions, del tractament fiscal de les parelles estables, de les relacions paternofilials de fet i dels acords de valoració prèvia vinculant.

— Els títols cinquè i sisè incorporen normes relatives a obligacions formals i a l'aplicació del tribut i tanquen «la regulació bàsica i completa de l'ISD».

S'ha de qualificar com una llei llarga, si tenim en compte que regula només aspectes parcials de l'ISD. La llei estatal, que té una major exigència de contingut, ja que engloba inicialment competències cedides i no cedides, té només 40 articles que regulen la totalitat del tribut. La llei catalana dedica a les reduccions de la base imposable 56 articles. La major part d'aquestes reduccions es tracten en la llei estatal en un únic article, el 20.

2. Referències a altres lleis

La llei catalana conté naturalment referències o remissions a altres articles de la pròpia llei o lleis catalanes, com succeeix amb la llei d'unions estables de parella o de situacions convivencials d'ajuda mútua (avui regulades en el nou llibre segon del Codi Civil català), la llei del Patrimoni Cultural Català, el Codi de successions (llibre quart del Codi Civil català) o la normativa sobre recaptació (article 72).

En canvi, no sembla partidària de la remissió expressa a normes estatals. Prefereix algunes vegades reproduir literalment (sense citar la procedència o coincidència total o parcial) conceptes,

condicions i requisits establerts en altres normes estatals, tal i com succeeix amb el concepte d'activitat empresarial, els seus elements afectes o el concepte d'entitat que gestiona un patrimoni mobiliari o immobiliari (articles 7, 8 i 11) que s'importen dels textos estatals de l'IRPF o de l'IS. Però en algunes ocasions també apareixen —perquè no es poden evitar— referències o remissions expresses a normes estatals: l'article 3, que fa referència a l'article 148 del Text refós de la Llei General de Seguretat Social; l'article 5, sobre exempcions i reduccions en matèria d'assegurances en referència a la disposició transitòria quarta de la llei estatal de l'ISD; l'article 20, sobre les zones d'actuació urgent a causa d'incendis en finques forestals; els articles 22 i 23, que citen la llei de l'estat 19/1995, de modernització de les explotacions agràries; l'article 25, que cita la llei de l'IP desactivada; i l'article 56.2, que cita la llei de l'estat 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat. A més, l'article 62 conté una referència genèrica a la normativa estatal que s'aplica com a supletòria pel que fa a obligacions formals o al seu incompliment.

La llei estatal recorre, en canvi, sense cap tipus de pudor, a la remissió legislativa expressa, amb la qual cosa s'aconsegueixen dos objectius:

- 1) Que la llei sigui més breu.
- 2) Que resulti més pràctica en el supòsit que es modifiquin les normes a les quals fa referència. Així, les modificacions d'aquestes normes es reflecteixen immediatament en els efectes de la llei remitent sense necessitat de modificar-la formalment.

3. És una llei reglamentista

Tal com s'ha vist, la llei catalana és extensa, pretén ser meticulosa, però simultàniament preveu un ampli desenvolupament reglamentari que anomena desplegament. En matèria de requisits de les reduccions (la part més important de la

lleí), que enumera detalladament, podia haver recorregut a l'expedient més còmode de remissions legislatives expresses, amb la qual cosa, el seu contingut s'hagués retallat considerablement.

En la disposició final segona es fa referència al desplegament reglamentari i faculta i obliga al govern català a dictar o aprovar en el termini de 12 mesos el reglament per via de decret i faculta a la persona titular del departament competent en matèria de finances a dictar disposicions de rang inferior per al desplegament i aplicació de la llei.

És d'esperar que es compleixin aquestes previsions per tal d'eliminar les inevitables inseguretats jurídiques de tots els períodes de transició en què s'haurà de tenir en compte la disposició transitòria primera de la llei, que estableix la vigència i aplicació de les normes reglamentàries vigents d'àmbit estatal o català en tot allò que no s'oposi a la llei, o la contradigui, i mentre no es produeixi el desplegament previst.

Un dubte important, per exemple, es planteja respecte a la vigència del Decret català 356/1999, de 30 de novembre, que s'aparta de l'anomenat principi de liquidació per títol que exigeix l'article 27 de la llei estatal, i que permet l'anomenada partició paral·lela per part del liquidador, mentre la practicada pels causahavents s'aparti del títol successor. En la regulació estatal els beneficiaris de la reducció són sempre els hereus o causahavents i en el decret català, els adjudicataris efectius dels béns.

Ens hem de preguntar si la llei, amb les nombroses i substancials remissions a futures normes reglamentàries, i la transitòria subsistència de les actuals, no estarà trencant el principi de reserva de llei imposat per la LGT

Ens hem de preguntar fins i tot si la llei catalana, amb les nombroses i substancials remissions a les futures normes reglamentàries, i la transitòria subsistència de les actuals, no estarà trencant el principi de reserva de llei de l'article 8 de la llei General



Tributària que estableix que es regularan en tot cas per llei la delimitació del fet imposable, del rèdit, de la base imposable i liquidable, la fixació del tipus de gravamen i altres elements que determinen directament la quantia del deute tributari, així com l'establiment de presumpcions que no admeten prova en contrari.

V. Esquema de les reformes introduïdes per la Llei catalana de l'ISD respecte al règim anterior

En el preàmbul o exposició de motius es recullen de forma esquemàtica aquestes reformes.

— En el títol primer, referent a les adquisicions *mortis causa*, es recullen les reduccions ja existents amb increment dels imports per discapacitat i assegurances de vida; s'eleva fins al 97% el percentatge de reducció en cas d'adquisició de participacions en societats laborals; es crea com a reducció pròpia l'adquisició de béns i drets afectes a activitats econòmiques o participacions en entitats per part de persones que sense parentesc amb el causant tinguin vincles laborals o professionals.

Per tal d'augmentar la precisió i la seguretat jurídica de les normes, incorpora els conceptes d'activitat empresarial o professional i béns afectes importats de l'IRPF. I el d'entitat que gestiona un patrimoni mobiliari i immobiliari de l'Impost de Societats. Tot això, sens perjudici de l'inevitable i «amenaçant» desplegament reglamentari.

— El títol segon per primera vegada regula les reduccions de la base imposable aplicables a les adquisicions lucratives, *inter vivos*, incorpora, amplia i millora la normativa estatal, i crea tres noves reduccions autonòmiques: donació de diners a descendents per constituir o adquirir una empresa individual, un negoci professional o participacions en entitats; donació a tercers sense relació de parentesc però amb determinats vincles laborals o professionals d'empreses, negocis o participacions; i la reducció per aportació a patrimonis protegits.

— El títol tercer regula sense modificacions la tarifa i la quota tributària ja

existents amb les últimes millores incorporades i manté el règim transitori de la seva aplicació.

— El títol quart es refereix al tractament fiscal de les parelles estables equiparades als cònjuges; a les relacions paternofilials de fet (equiparades a les relacions entre ascendents i fills) i als acords de valoració prèvia vinculant.

— El títol cinquè en matèria d'obligacions formals, la part no regulada, es remet expressament a la normativa estatal.

— I el títol sisè conté les normes d'aplicació que pràcticament ja estaven en vigor (liquidació i pagament).

La finalitat codificadora de la Llei només ha estat parcialment aconseguida, en vista de les constants remissions a un desplegament reglamentari. Ja hem vist que la disposició transitòria primera estableix l'aplicació de les normes reglamentàries vigents d'àmbit català o estatal en tot allò que no s'oposi a la llei o la contradigui, la qual cosa col·loca a l'interpret en molts casos en una situació incòmoda.

El criteri de l'article 1.1 aclareix qualsevol dubte, és el correcte civilment, i tot i que està dictat només per al camp de les reduccions, s'haurà d'extrapol·lar a tot el camp de l'ISD

De tot això, i a partir de les disposicions legals i autonòmiques que hem esmentat, considero que s'han d'extreure, retenir i tenir en compte els següents criteris pràctics generals:

- 1) Que l'Estat s'ha reservat la potestat normativa dels tributs cedits (article 4 de la LGT) i que, per tant, l'eventual supressió o modificació per part de l'Estat del tribut cedit implicarà automàticament l'extinció o modificació de la cessió (article 25 de la Llei estatal 22/2009).
- 2) Que, si bé s'atribueix a la Generalitat la facultat de dictar per si sola normes legislatives, s'ha de limitar a les matèries

cedides, és a dir, reduccions de la base imposable, tarifa, quantia i condicions del patrimoni preexistent, reduccions i bonificacions de la quota, i regulació d'aspectes de gestió i liquidació (article 48 de la Llei estatal 22/2009).

A més, ha de remetre a la comissió legislativa de les comunitats autònomes al Senat els projectes de normes elaborades al respecte abans que s'aprovin (Llei estatal 16/2010).

- 3) Es permet a les comunitats autònomes modificar les reduccions estatals, les manté en condicions anàlogues o les millora i estableix reduccions pròpies. Es determina amb tota claredat que "les reduccions estatals són un mínim exclusivament millorable" per les comunitats autònomes (article 48.1 de la Llei estatal 22/2009).
- 4) En l'article 20 de la Llei estatal de l'ISD es manté que l'exempció prèvia en l'IP determina les ulteriors reduccions en e l'ISD estatal.

Les reduccions en les transmissions *mortis causa* a Catalunya fa temps que han deixat d'estar vinculades a l'exempció prèvia en l'IP que exigia i segueix exigint la legislació estatal de l'ISD.

En canvi, les transmissions gratuïtes *inter vivos* que continuaven amb aquesta vinculació a l'IP han desaparegut en la nova Llei catalana, que es desconnecta de l'IP amb regulació pròpia, com ara les transmissions *mortis causa*.

- 5) Amb caràcter general, faig l'observació que a l'article 20 de la Llei estatal de l'ISD s'enumeren les reduccions i se n'ordena l'aplicació.

A les normes catalanes, en canvi, es matisa el caràcter imperatiu de les reduccions: per parentesc, s'aplicaran, per minusvalidesa, s'apliquen, per persones majors, s'apliquen, i en matèria d'assegurances, s'apliquen.

En la reducció per parentesc complementari i en la resta de reduccions s'utilitza l'expressió «pot aplicar-se».

En les reduccions per adquisicions gratuïtes *inter vivos* també s'utilitza l'expressió «pot aplicar-se».

En conseqüència, serà aconsellable en tot moment la sol·licitud expressa d'aplicació de la reducció.

VI. Reflexions sobre alguns dubtes i dificultats plantejades per l'interpret de la Llei catalana

Em sembla temerari a hores d'ara l'examen exhaustiu de tot l'articulat de la Llei pendent del seu desplegament reglamentari o de la seva reforma, segons el resultat de les properes eleccions (apartat I). Aquest criteri m'ha dut a eludir o limitar l'aportació de doctrina o jurisprudència administrativa anteriors. Però per poder oferir alguna utilitat pràctica i immediata al lector, em limitaré a examinar alguns dels preceptes de la nova llei i a exposar certs dubtes o dificultats que m'ha plantejat la seva lectura i que podrien ser corregits o resolts en el futur reglament o reforma. A aquest respecte s'indica en cada cas (com a punts numerats de l'1 al 20) el precepte de la Llei catalana o estatal —el text complet del qual, reproduït moltes vegades només parcialment per les limitacions d'espai, s'ha de tenir a la vista per a la comprensió d'aquest treball— en què s'inclou la reforma o l'objecte dubtós o en controvèrsia.

Punt 1. Article 1.1. Pacte de supervivència

«Article 1. Base liquidable.

1. En les adquisicions per causa de mort, incloses les que corresponen als beneficiaris de pòlisses d'assegurances de vida i les de béns del causant adquirits amb pacte de supervivència, la base liquidable s'obté de resultes d'aplicar a la base imposable les reduccions que estableix aquest capítol, que substitueixen les reduccions anàlogues aprovades per la normativa estatal (...)

Aquest article inclou entre les adquisicions per causa de mort (per tant, no les gratuïtes *inter vivos*, que són objecte d'una altra regulació) les que s'efectuen en virtut de pacte de supervivència.

A títol purament anecdòtic, diré que existeix una curiosa sentència aïllada del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 19 de febrer de 1997, que va entendre que aquestes adquisicions es realitzaven a títol oneros per virtut d'un contracte aleatori que desplega els seus efectes en el moment de la defunció d'un dels seus contractants i no estaven, per consegüent, subjectes a l'ISD i sí, en canvi, a l'Impost sobre Transmissions Patrimonials.

Considero que en matèria de reduccions el concepte de parents col·laterals queda enquadrat en el camp de la consanguinitat. A més, quan la Llei catalana vol estendre un benefici als col·laterals per afinitat ho fa expressament

El criteri de l'article 1.1 aclareix qualsevol dubte, és el correcte civilment, i tot i que està dictat només per al camp de les reduccions (que és el de les competències normatives de la Generalitat), s'haurà d'extrapol·lar a tot el camp de l'ISD. Segueix el criteri del Codi Civil català, i comprèn no només el cas típic i tradicional de la compravenda, sinó que ho estén a tot tipus d'adquisició onerosa en la línia que ja havia marcat la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

Punt 2. Article 1.4. Incompatibilitat

«4. No es pot aplicar en cap cas sobre un mateix bé o sobre la mateixa porció d'un bé més d'una de les reduccions que estableix aquest capítol, ni poden afegir-se a la reducció que s'apliqui altres beneficis fiscals que hagin establert la normativa catalana o la normativa estatal precisament en consideració a la naturalesa del bé bonificat.»

S'estableix la incompatibilitat de més d'una reducció (o altre benefici fiscal) establert per la normativa catalana o estatal en consideració a la naturalesa del bé bonificat. Podríem parlar aquí de reduccions o beneficis objectius, és a dir, que no atenen a les circumstàncies personals del subjecte

passiu de l'ISD. En aquest punt faig constar el següent:

a) Que la Generalitat potser s'excedeix quan regula incompatibilitats amb beneficis fiscals diferents de les reduccions de la base i de les deduccions i bonificacions en la quota, ja que aquests altres beneficis no entren dintre de les facultats normatives cedides.

b) Que, a efectes econòmics, són també beneficis fiscals (tot i que no siguin reduccions en la base ni deduccions o bonificacions en la quota) els aplaçaments i fraccionaments de pagament que concedeix amb certa generositat la norma estatal de l'ISD (articles 82, 83 i 85 del Reglament de l'ISD, en especial aquest últim, que es refereix a transmissions d'empreses individuals i habitatge habitual) i eliminar-los de les normes de gestió i liquidació, que no els cita, suposa en la pràctica un empitjorament de l'aplicació de les reduccions estatals que tenen el caràcter *mínim només millorable* per la legislació catalana.

Punt 3. Article 2. Reducció per parentesc

«Article 2. Reducció per parentesc

1. En les adquisicions per causa de mort, s'aplica la reducció que correspongui, entre les següents, d'acord amb el grau de parentesc entre l'adquirent i el causant: (...)
2. Els imports que estableix l'apartat 1 es redueixen a la meitat en cas que el contribuent opti, en els termes de l'article 31, per aplicar qualsevol de les següents reduccions i exempcions:
 - a) Les reduccions establertes en les seccions tercera a desena, tret de la reducció per habitatge habitual, que estableix la secció sisena, reducció que és aplicable en tots els casos.
 - b) Les exempcions i reduccions regulades per la Llei de l'Estat 19/1995, de 4 de juliol, de modernització de les explotacions agràries.
 - c) Qualsevol altra reducció de la base imposable o exempció que requereixi



xi que el contribuent la sol·liciti i que depengui de la concurrència de determinats requisits el compliment dels quals correspongui exclusivament a la voluntat del contribuent.»

Les reduccions d'aquest article són anàlogues a les de l'article 20.2 de la Llei estatal, però les millora sensiblement en l'apartat I i les redueix a la meitat en els casos d'opció previstos en l'apartat 2.

Aquest article no aborda el problema que planteja la sentència del Tribunal Suprem, de 18 de març de 2003, que va entendre que respecte als parents col·laterals del grup tercer també s'han d'incloure els col·laterals per afinitat. És una sentència aïllada que no crea encara jurisprudència i que no ha estat recollida per aquesta norma catalana. Per això crec que en matèria de reduccions el concepte de parents col·laterals queda enquadrat en el camp de la consanguinitat, tradicional en aquest impost. A més, quan la Llei catalana vol estendre un benefici als col·laterals per afinitat ho fa expressament en el lloc corresponent, tal i com succeeix amb algunes reduccions.

S'ha de recordar que en aquesta mateixa llei s'estableixen determinades assimilacions de parentesc:

- a) Les unions estables de parella, ara anomenades parelles estables, els convivents de la qual s'assimilen als cònjuges i que són objecte de tractament específic en l'article 59.
- b) Les situacions convivencials d'ajuda mútua es preveuen en l'article 36, en què els convivents queden assimilats a la resta de descendents del grup II.
- c) Les relacions paternofilials de fet previstes en l'article 60 i assimilades a les relacions entre ascendents i fills.
- d) En la disposició addicional segona es fa constar que les referències que conté la Llei als ascendents i descendents s'apliquen indistintament i amb els mateixos efectes tant als que ho són per naturalesa com als que ho són per adopció.

Punt 4. Article 5. Assegurances de vida

«Article 5è. Reducció per assegurances de vida

1. En les adquisicions per causa de mort, s'aplica una reducció del 100%, amb un límit de 25.000 euros, de les quantitats percebudes pels beneficiaris de contractes d'assegurances de vida, si el seu parentesc amb el contractant mort és el de cònjuge, descendent o ascendent. En cas d'assegurances col·lectives o contractades per les empreses a favor dels seus treballadors, s'ha de tenir en compte el grau de parentesc entre l'assegurat i el beneficiari.»

Aquest article està relacionat amb l'article 74 d'aquesta mateixa Llei, que regula el fraccionament de la liquidació de les assegurances que es perceben en forma de renda i que amb el desenvolupament reglamentari previst ha de substituir l'article 85 bis del Reglament estatal.

Ha de seguir existint a Catalunya la reducció definida en l'últim paràgraf de l'article 20.2b de la Llei estatal de l'ISD:

«La mateixa reducció serà en tot cas aplicable a les assegurances de vida que tinguin causa en actes de terrorisme, així com en serveis prestats en missions internacionals humanitàries o la pau de caràcter públic, no estarà sotmesa al límit quantitatiu del primer paràgraf d'aquesta lletra (9.195,49 euros) i és extensible a tots els possibles beneficiaris sense que sigui d'aplicació el que es preveu en la disposició transitòria quarta d'aquesta llei.»

El criteri de l'article 6.2 de la Llei catalana és en principi més generós que el de la DGT estatal, ja que estén la reducció no només als béns comuns sinó als privatis del causant difunt

Aquesta reducció té algunes característiques especials que la distingeixen de la reducció general per assegurances de vida:

- a) S'aplica a tota classe de beneficiaris o causahavents, sigui quin sigui el grau de parentesc amb el causant (fins i tot entre estranys).

- b) No té límit quantitatiu de cap tipus.
- c) És compatible amb la reducció de la disposició transitòria quarta de la llei de l'ISD, referent a assegurances contractades abans del 19 de gener de 1987 per les quals seguiran subsintint els beneficis fiscals dels articles 19 i 20 de la llei de 6 d'abril de 1967. Això no s'aplica a les reduccions del règim general d'assegurances de vida, els beneficiaris de les quals han d'optar per una reducció o una altra.
- d) Les assegurances de vida beneficiades han de tenir causa en actes de terrorisme o en els serveis especificats en el text legal. La redacció pot donar lloc a dificultats d'interpretació, si entenem que s'aplica sempre que la mort s'hagi produït per acte terrorista o en prestació de servei sense necessitat de cap altre requisit, o bé que s'aplica només a aquelles assegurances que expressament haguessin previst aquestes contingències en la pòlissa del seu contracte.

Punt 5. Article 6. Requisits personals del subjecte passiu beneficiari de la reducció en l'adquisició mortis causa de béns i drets afectes a una activitat econòmica

«Article 6è. Supòsits d'aplicació

1. En les adquisicions per causa de mort que corresponguin al cònjuge, als descendents, als ascendents o als col·laterals fins al tercer grau del causant, tant per consanguinitat o adopció, com per afinitat, pot aplicar-se a la base imposable una reducció del 95% del valor net dels elements patrimonials afectes a una activitat empresarial o professional del causant.
2. La reducció establerta en l'apartat 1 també s'aplica respecte als béns del causant utilitzats en el desenvolupament de l'activitat empresarial o professional exercida pel cònjuge supervivent, quan aquest sigui l'adjudicatari dels béns en la partició hereditària o el causant se'ls hagi atribuït.

3. *També poden gaudir de la reducció establerta en l'apartat 1 les persones que, sense tenir la relació de parentesc que s'hi especifica, i sens perjudici que hagin de complir la resta de requisits i condicions que determina aquesta secció, compleixin en la data de la mort del causant els següents requisits:*

- a) *Tenir una vinculació laboral o de prestació de serveis amb l'empresa o el negoci professional del causant, amb una antiguitat mínima acreditada de deu anys.*
- b) *Tenir encomanades tasques de responsabilitat en la gestió o direcció de l'empresa (...)*

En relació amb els requisits personals del subjecte passiu beneficiari de la reducció en l'ISD, estan regulats a Catalunya de forma directa i igualitària, és a dir, sense les preferències que entre ells estableix la Llei estatal, el cònjuge, els descendents, els ascendents i els col·laterals fins al tercer grau del causant, tant per consanguinitat o adopció com per afinitat, i també, com a novetat d'aquesta llei, les persones que, sense tenir relació de parentesc amb el causant, tinguin una vinculació laboral o de prestació de serveis amb l'empresa o negoci professional del causant amb una antiguitat mínima acreditada de 10 anys o tenir encomanades tasques de responsabilitat en la gestió o direcció de l'empresa o el negoci amb una antiguitat mínima de 5 anys.

La DGT estatal el 23 de març de 1999 va entendre aplicable la reducció *mortis causa* a l'adquisició de béns i drets comuns al matrimoni, és a dir, no només de guanys, afectes a l'activitat empresarial del sol·licitant, sense que digui qui ha de ser l'adquirent dels béns dintre del grup de parents beneficiaris.

El criteri de l'article 6.2 de la Llei catalana és en principi més generós que el de la DGT estatal, ja que estén la reducció no només als béns comuns (règim de guanys o de comunitat més extensa) sinó als privatis del causant difunt, si bé exigeix amb major rigor i precisió que l'adquirent dels béns sigui exclusivament el cònjuge super-

vivent qui exerceixi l'activitat empresarial o professional.

D'altra banda, la Llei catalana no exigeix tampoc expressament el requisit de l'exercici personal, habitual i directe de l'activitat per part del causant de qui procedeixen els béns o elements afectes a l'activitat empresarial o professional. Una altra qüestió diferent és l'exempció en el desactivat IP, que segueix exigint aquest exercici per a l'efectiva aplicació de la reducció estatal de l'ISD. La pròpia llei catalana també ho exigeix expressament en l'article 39.la per al donant, i també l'aplicació de la reducció en l'Impost de Donacions en les transmissions gratuïtes *inter vivos*.

A la vista d'aquesta omisió, podria mantenir l'opinió que l'exercici de l'activitat personal, habitual i directa per part del causant quan s'obre la successió no és indispensable per a l'efectivitat de la reducció, però, atès que els articles 7.2 i 8.3 de la Llei catalana, estableixen la necessitat de regulació reglamentària, crec que seria massa agosarat en aquest moment.

No s'inclouen en l'enumeració dels elements afectes l'obra pròpia de pintors, escultors, músics i ceramistes que estiguin exemptes en l'art. 4.3 de l'IP, pressupòsit necessari per a l'aplicació de la reducció en l'ISD estatal

Les conseqüències més clares de la diferència s'apreciaríen en el supòsit d'arrendament de l'empresa o activitat, o en el de la jubilació o incapacitat del titular; en aquests casos es mantindria la reducció pel fet de no ser exigint l'exercici personal, habitual i directe de l'activitat per part del causant. Per cert, el Tribunal Suprem, en sentència de 12 de març de 2009, va declarar que la norma fiscal i la laboral són diferents i que es pot aplicar la reducció en l'ISD si l'empresari jubilat exerceix una activitat econòmica, tot i que això sigui incompatible amb la pensió de jubilació, sens perjudici de les conseqüències que això pugui produir en l'àmbit laboral.

Tampoc s'exigeix en la llei catalana, tal com succeeix en la regulació estatal, que els rendiments de les activitats econòmiques hagin de constituir la principal font de renda del causant (a falta del temible desplegament reglamentari).

Punt 6. Articles 7 i 8. Es delimita el concepte d'activitat empresarial o professional i s'enumeren els béns afectes amb importació de les normes de l'IRPF (articles 27 i 29 de la Llei de l'IRPF)

«Article 7è. Concepte d'activitat empresarial o professional

1. A efectes de l'aplicació de la reducció que estableix aquesta secció, té la consideració d'activitat empresarial o professional aquella activitat que, a través del treball personal o de la participació en el capital, o d'ambdós factors conjuntament, suposa l'ordenació, per compte propi, de mitjans de producció o de recursos humans, o d'uns i altres a la vegada, amb la finalitat d'intervenir en la producció o la distribució de béns i serveis. En particular, té en aquesta consideració les activitats extractives, de fabricació, de comerç o de prestació de serveis, incloses les d'artesanía, agrícoles, forestals, ramaderes, pesqueres, de construcció o mineres, i l'exercici de professions liberals, artístiques i esportives. 2. S'han de determinar per reglament les condicions i els requisits d'acreditació d'una activitat empresarial o professional a efectes del que estableix l'apartat 1.»

«Article 8è. Béns afectes

1. A efectes de l'aplicació de la reducció que estableix aquesta secció, té en la consideració d'elements patrimonials afectes a una activitat econòmica:

- a) *els béns immobles en què se realitza l'activitat.*
- b) *els béns destinats a l'oferta de serveis econòmics i socioculturals per al personal (...)*
- c) *la resta d'elements patrimonials que siguin necessaris per obtenir els rendiments de l'activitat; en cap cas té en aquesta consideració els actius*

representatius de la participació en fons propis d'una entitat ni els actius representatius de la cessió de capital a tercers.»

No consta en l'article 7 una delimitació més específica de l'activitat empresarial o professional.

Com ja he dit, l'exempció prèvia en l'IP (amb les remissions a l'IRPF), que és necessària per a l'aplicació de les reduccions posteriors en l'ISD estatal, no regeix com a requisit d'aplicació en les reduccions catalanes. Aquesta exempció prèvia (article 4 vuit i dos de la Llei de l'IP) queda condicionada al fet que l'activitat empresarial o professional sigui la principal font de renda del titular i que aquest l'exerceixi de manera personal, habitual i directa. I en general, es considera activitat empresarial o professional aquella que té la naturalesa d'activitat econòmica segons les normes de l'IRPF.

En el camp d'aquest últim impost (article 27.2) es consideren activitats econòmiques l'arrendament d'immobles (i fins al 31 de desembre de 2006, també la compra-venda d'immobles) quan es compti amb un local separat i una persona contractada a temps complet.

Res d'això apareix regulat a la Llei catalana de l'ISD, sens perjudici naturalment que romanguí totalment vigent en el camp propi de la resta d'impostos (IRPF, IP i reduccions estatals en l'ISD).

L'article 8 conté una enumeració mínima dels elements patrimonials afectes. L'apartat c d'aquest article obre la remissió a qualssevol altre element que sigui necessari per a l'obtenció dels rendiments.

No s'inclouen en l'enumeració dels elements afectes l'obra pròpia de pintors, escultors, músics i ceramistes *que estiguin exemptes en l'article 4.3 de l'IP*, pressupòsit necessari per a l'aplicació de la reducció en l'ISD estatal. Aquests elements són en certa manera equiparables a les existències en emmagatzematge o stock, pròpies dels empresaris que haurien de ser objecte de reducció.

Segons la Llei catalana, es transmeten només elements patrimonials afectes a activitats econòmiques per tal que siguin susceptibles de reducció. Aquests elements civilment no poden ser tractats com a patrimoni separat diferent del patrimoni personal més ampli del causant i que constitueix la seva herència global. En els elements compresos en la reducció per transmissió *mortis causa* d'elements afectes a una activitat econòmica no tenen en aquesta consideració els actius representatius de la participació en fons propis d'una entitat ni els actius representatius de la cessió de capitals a tercers (els rendiments dels quals sí s'inclouen en la base d'estalvi de l'IRPF del seu titular).

L'article 13 es refereix a les societats holding col·locades en la capçalera d'altres societats i pertanyents a grups familiars que, sota l'aparença d'empresa, acullen en realitat simples patrimonis personals que no desenvolupen cap tipus d'activitat econòmica

En canvi, segons l'article 13, *poden* quedar afectes a l'activitat econòmica de l'entitat les participacions de la qual es transmeten i el valor de la qual és susceptible de reducció (tal com veurem després).

I en qualsevol cas, s'haurà d'afrontar la possibilitat de comprovació del valor dels béns i drets transmesos per l'Administració Tributària tal i com reconeix amb caràcter general l'article 57 de la LGT.

En aquesta comprovació l'Administració tindrà o no en compte els criteris de valoració de l'IP pel principi d'estanqueïtat dels tributs constantment aplicat pels òrgans gestors, reconegut per l'article 7 de la LGT, els criteris del qual (els de l'IP) no són vinculants per a altres impostos com ara per a l'ISD, tret dels supòsits de remissió expressa.

Però s'ha de tenir present que l'article 18.4 de la Llei estatal de l'ISD, vigent a Catalunya, estimula a declarar com a mínim els valors establerts per a l'IP (tot i que aquest impost estigui avui desactivat, però no supri-

mit) per no aplicar cap tipus de sanció sobre la part de quota de l'ISD que correspongui al major valor obtingut per la comprovació.

En qualsevol cas, i com gairebé sempre, s'haurà d'esperar al desplegament reglamentari previst.

Punt 7. Article 9. Regla de manteniment

«Article 9è. Regla de manteniment

El gaudi definitiu de la reducció establerta en aquesta secció queda condicionat al manteniment de l'exercici de l'activitat empresarial o professional durant els cinc anys següents a la mort del causant, tret que l'adquirent mori en aquest termini, així com al manteniment en el patrimoni de l'adquirent, durant el mateix termini i amb la mateixa exempció, dels mateixos béns i drets o de béns i drets subrogats de valor equivalent, i de la seva afectació a l'activitat.»

S'estableix l'obligació de mantenir tots els elements patrimonials adquirits per successió *mortis causa* i beneficiats per la reducció durant els 5 anys següents a la mort del causant o els seus subrogats de valor equivalent i de la seva afectació a l'activitat empresarial o professional. Aquesta possibilitat de subrogació equival a admetre l'alienació d'allò adquirit *mortis causa* a títol oneros que substitueix els elements alienats pels béns obtinguts en contraprestació. S'exceptua el cas de mort del successor abans d'expirar aquest termini de 5 anys. En aquest supòsit, hi haurà la deducció per sobreimposició decenal a la qual es refereix l'article 29 d'aquesta Llei. El requisit de manteniment d'aquest article 9 té, per tant, dues vessants:

- a) El manteniment de l'activitat per part del successor. Aquí no hi ha cap tipus de dispensa ni moderació. Sembla que la Llei es refereix a la mateixa activitat, requisit no exigít per la norma estatal, que no es millora, per tant, i de la que se'n disminueix el benefici. Si els causahavents són menors o incapacitats no podran exercir en nom propi l'activitat empresarial o professional però sí poden fer-ho els seus representants legals, tal com autoritza el RD estatal 1704/99 per a l'exempció per a l'IP, requisit ne-

cessari per a la posterior reducció en l'IS en el règim comú i que no pot ser agreujat per la legislació autonòmica.

- b) El manteniment dels béns o elements patrimonials adquirits en el patrimoni dels successors o dels seus subrogats per valor equivalent. El valor dels béns subrogats no pot ser inferior al dels adquirits inicialment, la qual cosa concorda a més amb l'article 35.l d'aquesta llei.

Punt 8. Articles 10 i 11. Reducció per l'adquisició de participacions en les entitats, i requisits

«Article 10è. Supòsit d'aplicació

1. En les adquisicions per causa de mort que corresponguin al cònjuge, als descendents, als ascendents o als col·laterals fins al tercer grau del causant, tant per consanguinitat o adopció com per afinitat, pot aplicar-se a la base imposable una reducció del 95% del valor de les participacions en entitats, amb cotització o sense cotització en mercats organitzats, per la part que correspongui en raó de la proporció existent entre els actius necessaris per a l'exercici de l'activitat empresarial o professional, minorats en l'import dels deutes que se'n deriven, i el valor del patrimoni net de cada entitat. Aquestes regles s'apliquen també a la valoració de la participació en entitats participades per determinar el valor de les participacions de l'entitat tenedora.

2. En cas d'adquisició de participacions en societats laborals, la reducció establerta en l'apartat 1 és del 97%.

3. La reducció establerta en aquesta secció no s'aplica en cap cas a les participacions en institucions d'inversió col·lectiva.»

«Article 11. Requisits

1. Per poder gaudir de la reducció establerta en aquesta secció, és necessari que es compleixin els següents requisits:

a) Que l'entitat no tingui com a activitat principal, en els termes establerts en l'article 12, la gestió d'un patrimoni mobiliari o immobiliari.»

Ni a la Llei catalana ni a la Llei estatal apareix la delimitació del concepte d'entitat com a diferenciada del de societat. Es pot recórrer a diversos criteris orientadors, però en qualsevol cas sembla que hi ha d'haver dues exigències bàsiques: a) Patrimoni de l'entitat separat del particular, dels socis o partícips; b) també gestió separada d'aquest patrimoni.

Aquest patrimoni separat ha de ser susceptible de proporcionar un rendiment o utilitat econòmica per als socis o partícips i ha de ser apte per a ser transmès per actes *inter vivos* o *mortis causa*, fent coincidir els dos elements bàsics del contracte de societat d'acord amb la doctrina clàssica: aportacions de coses posades en comú i ànim de lucre partible. Per això queden excloses d'aquesta consideració les fundacions en què no hi ha capital dels partícips sinó aportacions patrimonials que queden adscrites al compliment d'un fi determinat que no coincideix amb el lucre dels aportants.

En les situacions de comunitat i societats civils serà més segur atendre a l'efectiva activitat econòmica professional o empresarial de les persones físiques que formen part de «l'entitat» sense atribuir personalitat jurídica a la naturalesa poc definida d'aquesta

Tampoc s'aplicarà la reducció a les participacions dels capitalistes en els comptes en participació en què no es pot apreciar més comunitat que la que neix de la coincidència d'interessos entre gestor i partícips. Sí que es pot aplicar la reducció al patrimoni empresarial del soci gestor. Tampoc sembla que pugui aplicar-se la reducció a la transmissió de participacions en comunitats de béns sense personalitat jurídica: no són societats i no tributen per l'Impost de Societats sinó en l'IRPF, en el règim d'atribució de rentes als comuns. No obstant això, a efectes de l'impost d'operacions societàries, aquestes comunitats s'equiparen a societats i estan subjectes a aquest impost (tipus 1%) d'acord amb l'article 22 de la Llei de l'ITP:

«Article 22. A efectes d'aquest impost, s'equipararan a societat: (...) 4rt la comunitat de béns, constituïda per actes *inter vivos*, que realitzi activitats empresarials, sens perjudici del que disposa la Llei de l'IRPF.

5è La mateixa comunitat constituïda o originada per actes *mortis causa*, quan continuï en règim d'indivisió l'explotació del negoci del causant per un termini superior a tres anys. La liquidació es practicarà, per suposat, sens perjudici del dret a la devolució que escaigui si la comunitat es dissol abans de transcórrer el termini anterior.»

Com a criteri pràctic, i seguint les orientacions de la Resolució 2/1999 de la DGT estatal, sembla que en les situacions de comunitat, societats civils i altres supòsits dubtosos serà més segur atendre a l'efectiva activitat econòmica professional o empresarial de les persones físiques que formen part de «l'entitat» sense atribuir personalitat jurídica a la naturalesa poc definida d'aquesta i, per tant, atribuir el benefici fiscal, no a la transmissió *mortis causa* de les participacions de l'entitat, sinó a l'activitat econòmica del comú, soci o component que en forma part i que mor.

Com a novetat de la llei catalana, s'estableix que la reducció de l'adquisició de participacions en societats laborals és de 97% i es reitera el que s'establia en la reducció aplicable a la transmissió del negoci empresarial o professional a les participacions en institucions d'inversió col·lectiva (fons d'inversió i SICAV), la transmissió de la qual no es bonifica.

Per a la determinació del concepte d'entitat es pot recórrer a altres criteris que no sempre ens resultaran d'utilitat completa.

- a) Subjectes passius de l'impost de societats. És l'opinió preferida per la doctrina administrativa.
- b) Entitats que es poden inscriure en el Registre Mercantil (article 81 del reglament). Però es plantejarien dificultats en el tractament de les participacions en fons d'inversió, SICAV i fons de pensions que també s'inscriuen en el Registre Mercantil.



- c) Participacions en cooperatives.
- d) Participacions en unions temporals d'empresa que no tenen personalitat jurídica.
- e) Agrupacions d'interès econòmic. Tenen personalitat jurídica i naturalesa mercantil amb responsabilitat solidària dels socis.
- f) Societats d'empreses que són vertaderes societats anònimes.

Els ens als quals es refereix la Llei General Tributària (article 35.4) estan subjectes al règim d'atribució de rendes en l'IRPF i podran gaudir, si escau, de les reduccions en l'ISD per transmissió d'empresa individual.

El causant de la successió ha de reunir les condicions determinades en la llei, és a dir les establertes en l'article 11, participació mínima individual o conjunta amb altres parents i l'exercici efectiu de funcions de direcció amb remuneració adequada. Com és habitual, aquest precepte ha de ser objecte d'un desplegament reglamentari.

En el cas d'entitats (article 13), poden estar afectes a l'activitat econòmica i ser susceptibles de reducció els actius representatius de fons propis d'una entitat i la cessió de capitals a tercers, la qual cosa no pot succeir, tal com ja hem vist en el cas de transmissió d'empreses individuals o negocis professionals.

Punt 9. Articles 12 i 13. Concepte d'entitat que gestiona un patrimoni mobiliari i immobiliari (importat de l'impost de societats)

«Article 12. Concepte d'entitat que gestiona un patrimoni mobiliari o immobiliari

1. A efectes de l'aplicació de la reducció establerta en aquesta secció, té la consideració d'entitat que gestiona un patrimoni mobiliari o immobiliari aquella en què, durant més de noranta dies de l'any natural immediatament anterior a la data de la mort del causant, més de la meitat de l'actiu estigués constituït per valors o més de la meitat de l'actiu no estigués afecte a activitats econòmiques.

2. Únicament a efectes de determinar si es donen els requisits per considerar que una entitat gestiona un patrimoni mobiliari o immobiliari, el valor de l'actiu i el valor dels elements patrimonials no afectes a activitats econòmiques són els que es dedueixen de la comptabilitat, sempre que aquesta reflecteixi fidelment la vertadera situació patrimonial de l'entitat.

El concepte de finca rústica de dedicació forestal vindrà donat per l'instrument d'ordenació, conveni, acord o contracte de gestió forestal, per haver patit incendis forestals en els 25 anys anteriors a la mort del causant o per resolució administrativa

3. Per determinar, a efectes del que estableix l'apartat 2, la part de l'actiu que està constituïda per valors o elements patrimonials no afectes (...)

«Article 13. Activitat econòmica i béns afectes

Per tal de determinar, a efectes de la reducció establerta en aquesta secció, si es desenvolupa una activitat econòmica, o si aquesta activitat té elements patrimonials afectes, és necessari atènyer-se, respectivament, a les regles que determinen els articles 7 i 8, excepte amb relació als actius a què es refereix l'últim incís de la lletra c de l'article 8.1, els quals poden estar afectes a l'activitat econòmica.»

En aquest article, la llei catalana té en el punt de mira les societats *holding* col·locades en la capçalera d'altres societats que pertanyen a grups familiars. Aquest procediment s'ha estat utilitzant en la reestructuració de patrimonis familiars de certa importància i respon al criteri expressat en el preàmbul de la llei, d'excloure de les reduccions aquelles estructures que, més o menys organitzades sota l'aparença d'empresa, acullen en realitat simples patrimonis personals que no desenvolupen cap tipus d'activitat econòmica i la transmissió de les corresponents participacions no pot ser objecte de reducció.

En l'article 13 transcrit consta una remissió a la regulació dels articles 7 i 8 d'aquesta mateixa llei: activitat econòmica individual i béns afectes, amb l'excepció reconeguda al final del punt anterior.

En qualsevol cas en què se sol·liciti la reducció per l'adquisició *mortis causa* de participacions en entitats, només es podrà aplicar aquesta a la part de valor de les participacions que es correspongui amb el valor patrimonial net que resulti només de la realització d'activitats econòmiques per l'entitat. Queda exclòs, per tant, el valor que correspongui a la resta de béns, drets i deutes que no estiguin afectes a activitats econòmiques (article 10.1 de la Llei catalana).

Punt 10. Article 19. Regla de manteniment en la reducció per l'adquisició de l'habitatge habitual del causant

«Article 19. Regla de manteniment

1. El gaudi definitiu de la reducció establerta en aquesta secció queda condicionat al manteniment de l'habitatge, o de l'habitatge subrogat de valor equivalent que passi a ser habitatge habitual del causahavent, en el patrimoni de l'adquirent durant els cinc anys següents a la mort del causant, tret que l'adquirent mori durant aquest termini.

2. El supòsit de subrogació a què fa referència l'apartat 1 s'aplica si l'import resultant de la transmissió de l'habitatge habitual del causant s'ha destinat tant a adquirir l'habitatge habitual del causahavent com a amortitzar el préstec o crèdit hipotecari concedit al causahavent per a l'adquisició de l'habitatge habitual. La subrogació s'ha de produir en tots dos casos en el termini de sis mesos des de la data de transmissió de l'habitatge habitual del causant.»

S'admet aquí l'alienació o subrogació del bé adquirit de valor equivalent que passi a ser habitatge habitual del causahavent, i es calcula que es produeix subrogació, no només en els casos en què l'import resultant de la transmissió de l'habitatge habitual del causant està destinat a adquirir l'habitatge habitual del causahavent, sinó també si s'ha destinat a amortitzar el préstec o crèdit hipotecari concedit al causahavent per a l'adquisició de l'habitatge habitual.

La subrogació s'ha de produir en tots dos casos en un termini de 6 mesos des de la data de transmissió de l'habitatge habitual del causant. Aquesta vinculació o relació entre ambdós habitatges habituals, la del causant i la del causahavent, millora evidentment la regla estatal.

Punt 11. Article 20. Reducció per l'adquisició de determinades finques rústiques de dedicació forestal

«Article 20. Supòsits d'aplicació

En les adquisicions per causa de mort que corresponguin al cònjuge, als descendents, als ascendents o als col·laterals fins al tercer grau del causant, es pot aplicar a la base imposable una reducció del 95% del valor de les finques rústiques de dedicació forestal, si compleixen algun dels següents requisits:

- a) *Disposar d'un instrument d'ordenació forestal que hagi estat aprovat pel departament competent o que s'aprovi en el termini voluntari de presentació de l'autoliquidació.*
- b) *Ser gestionades en el marc d'un conveni, acord o contracte de gestió forestal formalitzat amb l'administració forestal.*
- c) *Estar ubicades en terrenys que han patit incendis forestals en els vint-i-cinc anys anteriors a la data de la mort del causant o que, de conformitat amb la normativa forestal, han estat declarats zona d'actuació urgent a causa dels incendis que han patit.»*

La delimitació del concepte de finca rústica de dedicació forestal que podria ser de caracterització dubtosa vindrà donada per l'instrument d'ordenació, conveni, acord o contracte de gestió forestal, per haver patit incendis forestals en els 25 anys anteriors a la mort del causant o per la resolució administrativa de declaració de zona d'actuació urgent a causa dels incendis que han patit.

Aquesta regulació coincideix en alguns aspectes amb els beneficis de la disposició addicional quarta de la Llei estatal 19/1995, de modernització d'explotacions agràries,

en què es beneficia la transmissió del ple domini o de la nua propietat (*no per tant de l'usdefruit*) de les finques forestals per actes *inter vivos* o *mortis causa*.

De fet, el règim previst en la Llei estatal 19/1995 es més restrictiu, en el sentit que l'import del benefici és menor (del 50 al 90%), si bé l'àmbit subjectiu de reducció és més ampli. No exigeix cap relació de parentesc entre el causant i l'adquirent, la qual cosa permet a qualsevol persona aprofitar-se de la reducció. Però si els adquirents són parents del causant, pot resultar més beneficiosa la reducció del 95% prevista a la norma catalana, superior al percentatge de la Llei estatal (màxim, 90%). També la reducció de la Llei catalana afectarà a les adquisicions en plena propietat, nua propietat i usdefruit, d'acord amb el que estableix l'article 32 d'aquesta llei.

Per consegüent, l'adquirent d'una finca forestal que reuneix els requisits establerts en cada llei podria exercir les següents opcions:

- 1) La reducció general de les transmissions de patrimoni empresarial o professional, si en aquest patrimoni s'integren les finques forestals que aquí no s'entenen com a elements patrimonials aïllats.
- 2) La reducció de la disposició addicional quarta de la Llei estatal 19/1995, de modernització d'explotacions agràries, si es consideren aquí les finques forestals com a elements patrimonials aïllats.
- 3) La reducció de l'article 20 de la Llei catalana, que també considera aquestes finques com a elements patrimonials aïllats.

Per aplicació del que preveu l'article 1.4 de la Llei catalana, no es pot aplicar en cap cas sobre un mateix bé més d'una de les reduccions de la Llei catalana o beneficis fiscals que estableixi la normativa catalana o la normativa estatal en consideració a la naturalesa del bé bonificat.

Punt 12. Article 22 i següents. Reducció per l'adquisició de béns del causant utilitzats en l'explotació agrària del causahavent

«Article 22. Supòsits d'aplicació

1. En les adquisicions per causa de mort que corresponguin al cònjuge, als descendents, als ascendents o als col·laterals fins al tercer grau del causant, tant per consanguinitat o adopció com per afinitat, es pot aplicar a la base imposable una reducció del 95% del valor net dels elements patrimonials utilitzats en una explotació agrària de la qual sigui titular el causahavent que resulti adjudicatari dels béns per raó de la partició hereditària o per atribució del causant (...)

El subjecte passiu de l'ISD que pot beneficiar-se d'aquesta reducció, que va ser establerta per la Llei catalana 7/2007, ha de ser necessàriament agricultor professional, efectivament adjudicatari dels béns o elements patrimonials aïllats la transmissió *mortis causa* dels quals es bonifica, i que han pertangut a un causant inclòs en el grup familiar de parentesc, o qui hagi mantingut una relació laboral dintre de l'explotació agrària amb una antiguitat mínima acreditada de 10 anys, o sigui el titular de la pròpia activitat amb la mateixa antiguitat mínima.

Aquest article soluciona molts problemes que s'han plantejat per la defectuosa redacció de l'article 20.2c de la Llei estatal, que no s'ha modificat tot i les nombroses crítiques rebudes

No és necessari que les explotacions agràries a què es refereix aquest article s'ajustin a la configuració de la Llei estatal 19/1995, que requereix qualificació de l'òrgan administratiu corresponent i la seva inscripció en el Registre Especial.

Tot i així, s'haurà de recórrer a aquesta llei per determinar els requisits exigits per la llei catalana per a l'aplicació de la reducció:

- a) La qualificació d'agricultor professional de l'adquirent.



b) La determinació de les persones jurídiques a què es refereix l'article 6 de la Llei estatal i que sigui soci el subjecte passiu de l'ISD. Aquestes persones jurídiques poden ser cooperatives, societats agràries de transformació, societats civils, laborals o altres mercantils.

S'ha d'observar que la Llei 19/1995 admet explotacions agràries prioritàries de caràcter familiar o de caràcter associatiu i que no preveu cap tipus de benefici fiscal per a la transmissió de parts socials d'aquestes últimes. Crec que, per descomptat, seran d'aplicació a aquestes participacions les reduccions que la Llei catalana aplica en general a les transmissions de participacions en entitats.

En resum, la Llei 19/1995 és aplicable a Catalunya i els causahavents d'aquestes explotacions podran exercir les opcions anàlogues a què ens hem referit quan hem comentat en el punt 11 les reduccions per a l'adquisició de determinades finques rústiques de dedicació forestal (articles 20 i 21).

Punt 13. Article 32. Àmbit d'aplicació per a les reduccions establertes en les seccions tercera a desena (les objectives). S'apliquen tant en l'adquisició de la plena o de la nua propietat, com en el cas d'adquisició de qualsevol altre dret sobre els béns afectats.

«Article 32. Àmbit d'aplicació

Les reduccions establertes en les seccions tercera a desena s'apliquen tant en cas d'adquisició de la plena propietat o de la nua propietat, com en cas d'adquisició de qualsevol altre dret sobre els béns afectats.»

Aquest article soluciona molts problemes que s'han plantejat per la defectuosa redacció de l'article 20.2c de la Llei estatal, que no s'ha modificat tot i les nombroses crítiques rebudes.

Per interpretar adequadament sense restriccions ni reserves aquest precepte, ens hem de fixar en l'expressió *plena o nua propietat o qualsevol altre dret sobre els béns afectats*. El benefici fiscal es concedeix a qualsevol adquisició de drets sobre ele-

ments patrimonials que tinguin la qualificació legal en el moment de la transmissió *mortis causa*, és a dir, a la mort del causant amb una matisació respecte als instruments de gestió de les finques rústiques forestals, que poden ser aprovats després de la mort del causant, però dintre del termini de presentació.

A partir d'aquí, qualsevol adquisició *mortis causa* de drets que derivin del causant podrà gaudir d'aquest benefici de reducció de la base imposable i, per tant, s'aplicarà:

- 1) A la transmissió de la plena propietat, en la seva totalitat o per quotes.
- 2) A la transmissió, en la seva totalitat o per quotes dels drets d'usdefruit, ús i habitació (aquest últim, naturalment, només en els habitatges).
- 3) Als drets de nua propietat, en la seva totalitat o per quotes correlatives a aquests drets d'usdefruit, ús i habitació.
- 4) A l'extinció dels drets d'usdefruit, ús i habitació que produeix la consolidació de la plena propietat adquirida per títol *mortis causa* sobre aquests mateixos béns. El requisit exigible en aquests supòsits serà que la propietat correlativa hagi estat adquirida inicialment a títol hereditari del causant titular dels «béns afectats».
- 5) A les substitucions hereditàries de qualsevol tipus, vulgar, pupil·lar, quasipupil·lar i fideïcomissària, ja que els substituïts adquireixen drets des de la mort del causant o substituent, primer titular dels béns afectats. No obstant això, s'haurà de tenir en compte la regla de l'article 261 de la Llei estatal de l'ISD que, d'acord amb el paràgraf primer, s'aplica a la tributació de l'usdefruit, substitucions, reserves, fideïcomisos i institucions successòries forals. (Article 26.f: En la substitució vulgar s'entendrà que el substitut hereta al causant i en la substitució pupil·lar i exemplar que hereta al substituït.)

Aquest criteri no és totalment coincident amb les solucions del llibre quart del

Codi Civil de Catalunya, en què el substitut vulgar i el fideïcomissari hereten o succeeixen al substituent. Però el substitut pupil·lar o exemplar hereta al substituent només respecte dels béns que el substituït hagués adquirit d'aquest per herència o llegat. En la resta de béns, hereten directament al substituït. En el camp de l'ISD creiem que ha de prevaldre en la pràctica el criteri de la Llei fiscal tot i que no ens agradi als civilistes.

En el camp de l'ISD creiem que ha de prevaldre en la pràctica el criteri de la Llei Fiscal tot i que no ens agradi als civilistes

Aquí entenem que es produeix una diferència molt important respecte a la norma estatal de l'article 20 de la Llei de l'ISD, en la redacció introduïda per la Llei 66/1997, que utilitza l'expressió «drets d'usdefruit sobre aquests mateixos» (empresa individual, negoci professional o participacions en entitats). Aquesta expressió —poc tècnica— en sentit literal sembla referir-se a transmissions independents de drets d'usdefruit, integrats en la successió del causant com per exemple un usdefruit temporal disponible que no s'extingeix per defunció del causant i que és susceptible de transmissió hereditària als causahavents de l'usufructuari.

Produeix greus dificultades d'interpretació que han estat abordades pels criteris generosos i oberts de la DGT estatal, manifestos ja en les resolucions de 23 de març de 1999 i de 2 de juny de 1999, dictades per a supòsits de consolidació de l'usdefruit amb la nua propietat i en les quals, amb benèvol criteri interpretatiu, s'entén que les transmissions separades de l'usdefruit i de la nua propietat per actes *mortis causa* encaixen en l'àmbit de la reducció de l'article 20.2c de la Llei de l'ISD.

Però entenem que la consolidació de l'usdefruit amb la nua propietat (per adquisició de l'usdefruit per part del nu propietari) entrarà dintre de l'àmbit de la reducció només si aquesta adquisició es produeix pel mateix títol de successió *mortis causa* del causant del qual s'adquireix la

nua propietat, i això tindrà lloc sempre que actui la força expansiva de la nua propietat. Però si l'adquisició de l'usdefruit per part del nu propietari es deu a un negoci jurídic diferent no entrarà dintre del camp de la reducció i tampoc serà aplicable la reducció en l'adquisició de la nua propietat per l'usufructuari, si no deriva de successió del causant, específicament ordenada.

A Catalunya, amb criteri estricte, ja que LGT exclou precisament l'analogia, poden entendre's anàlegs a la societat de guanys el règim de participació en els guanys, l'associació a compres i millores, i el pacte de convivència o mitja guanyeria

En definitiva, el que creiem decisiu (tant a Catalunya com a la resta d'Espanya) és que per tal que operi la reducció és necessari que la consolidació tingui lloc per successió *mortis causa* del causant, i no en virtut de negoci jurídic diferent de compra, renúncia o donació, ja que el benefici fiscal es concedeix exclusivament a aquestes transmissions *mortis causa*.

Punt 14. Adquisició de drets econòmics derivats de l'extinció de l'usdefruit. Aplicació a Catalunya de la reducció de l'article 20.2c de la Llei estatal de l'ISD

«c) En els casos en què en la base imposable d'una adquisició *mortis causa* que correspongui als cònjuges, descendents o adoptats de la persona finada, estigüés inclòs el valor d'una empresa individual, un negoci professional o participacions en entitats, a la qual se li apliqui l'exempció regulada en l'apartat vuitè de l'article 4 de la Llei 19/1991, de 6 de juny, de l'impost sobre el patrimoni, o el valor de drets d'usdefruit sobre els mateixos o de drets econòmics derivats de l'extinció de l'esmentat usdefruit, sempre que amb motiu de la mort es consolidés el ple domini en el cònjuge, descendents o adoptats, o percebin aquests els drets a causa de la finalització de l'usdefruit en forma de participacions en l'empresa, negoci o entitat afectada per obtenir la base liquidable, s'aplicarà a la base imposable, amb independència de les reduc-

cions que escaiguin, d'acord amb els apartats anteriors, una altra del 95% del valor, sempre que l'adquisició es mantingui durant els deu anys següents a la mort del causant, tret que morís l'adquirent durant aquest termini (...)

En aquest article s'estableix la reducció en l'ISD en l'adquisició de drets econòmics derivats de l'extinció de l'usdefruit sobre els béns la transmissió dels quals es bonifica o la percepció de drets a causa de la finalització de l'usdefruit en forma de participacions a l'empresa, negoci o entitat afectada. L'adquisició d'aquests drets econòmics derivats de l'extinció de l'usdefruit crec que està compresa dintre de l'àmbit de l'article 32, referit a l'anterior punt 13. Però no sé si succeeix el mateix respecte al negoci jurídic de percepció dels drets a causa de l'extinció de l'usdefruit per mort de l'usufructuari. Aquest negoci jurídic estaria normalment subjecte a dos impostos:

- 1) A l'ISD, per herència entre l'usufructuari i els seus causahavents per la valoració d'aquests drets com un crèdit a incloure en l'inventari dels béns relictos per l'usufructuari.
- 2) A l'ITP, com a dació en pagament de deutes en virtut de l'article 7.2 a de la Llei reguladora, en satisfer-se el crèdit als hereus de l'usufructuari en participacions de l'entitat, empresa o negoci.

En ser inclòs en el text de l'article 20.2c de la Llei estatal de l'ISD, es configura curiosament només com a transmissió *mortis causa* i, per consegüent, queda exclusivament subjecta a l'ISD.

Aquest crèdit en la regulació mercantil de les societats de capital equival pràcticament a l'import dels beneficis no distribuïts durant el període de duració de l'usdefruit que s'ha extingit.

En consideració al caràcter de les reduccions estatals (mínims només millorables per les comunitats autònomes) entenc que de totes maneres serà també aplicable aquesta reducció a Catalunya, tot i no aparèixer expressament inclosa en la regulació de la Llei catalana.

Punt 15. Article 34. Béns comuns dels cònjuges

«Article 34. Béns comunes dels cònjuges

Les reduccions establertes en les seccions tercera a desena, si els béns o drets que són objecte de la reducció han format part de la societat de guanys regulada en l'article 1.344 del Codi Civil o en d'altres règims econòmics matrimonials anàlegs, i amb independència de les adjudicacions concretes que resultin de la liquidació del règim econòmic matrimonial, només poden afectar a la meitat del valor de cada bé o dret adquirit, o a la part que correspongui d'acord amb la participació del causant en la comunitat matrimonial.»

Per tal que entri en joc aquest precepte, és necessari que es pretengui l'aplicació de les reduccions en la successió *mortis causa* establertes amb criteris objectius, és a dir, les de les seccions tercera a desena del títol 1er, capítol I, de la Llei catalana. Per tant totes, excepte les reduccions per circumstàncies personals (secció 1a) o les d'assegurances de vida.

Atès que la regulació d'aquesta reducció s'aplica només a les transmissions *mortis causa*, aquest article només serà efectiu en la dissolució del vincle conjugal per mort d'un dels cònjuges que obri la successió d'aquest, i no en els casos de nul·litat, separació o divorci.

S'ha de tractar de béns o drets que hagin format part de la societat de guanys o d'un altre règim econòmic matrimonial anàleg.

A Catalunya (amb un criteri estricte, ja que ens movem en el camp del dret fiscal, i en la LGT s'exclou precisament l'analogia) poden entendre's anàlegs a la societat de guanys el règim de participació en els guanys, l'associació a compres i millores i el pacte de convivència o mitja guanyeria.

En canvi, no sembla que s'hagi d'incloure en l'analogia el règim de comunitat de béns i «l'agermanament», en què la comunicació de béns es fa extensiva, no només als guanys, sinó també als béns privatis dels cònjuges.



Davant l'absència de previsions legals específiques, són possibles diverses interpretacions per a la delimitació del fet imposable a què fa referència l'article 34. Així, es pot entendre:

- a) Que la Llei vol estendre'l a qualsevol sistema de comunitat matrimonial universal o limitada excloent-hi només els sistemes de separació.

Ja hem dit que aquest criteri ampli sembla conculcar l'article 14 de la LGT, en el qual no s'admet l'analogia per a estendre més enllà dels seus termes estrictes el fet imposable, les exempcions i els altres beneficis o incentius fiscals.

Des d'aquest punt de vista, hagués estat més precís eludir l'expressió «règims matrimonials anàlegs» i parlar de qualsevol règim econòmic de comunitat amb l'única exclusió del sistema de separació de béns.

- b) Que la Llei abasta només a les comunitats matrimonials limitades als guanys obtinguts durant el matrimoni.
- c) La reducció en l'ISD només pot afectar a la porció del valor del bé o dret que hagués pertangut a la societat conjugal del consort o convivent difunt amb independència de les adjudicacions concretes resultants de la liquidació del règim econòmic matrimonial.

Ja sabem, i així ho ha declarat el Tribunal Constitucional, que les normes fiscals no s'han de supeditar a les civils.

L'article 7 de la Llei General Tributària quan parla de les fonts de l'ordenament tributari, relega a l'últim lloc, i només com a dret supletori, les disposicions generals del dret administratiu i els preceptes del dret comú. I d'acord amb l'article 111.4 del Codi Civil de Catalunya, les disposicions d'aquest constitueixen el dret comú a Catalunya i s'apliquen supletòriament a la resta de lleis.

Però aquest article 34 de la Llei catalana prescindeix del dret privat (és a dir, el llibre segon del Codi Civil de Catalunya) i desconeix la llibertat contractual dels socis o comuns pactants, el cònjuge supervi-

vent i els hereus del premort que liquiden lliurement la societat conjugal, i desactiva fiscalment les normes civils de la societat de guanys i en general de qualsevol règim matrimonial de comunitat.

Com ningú ho discuteix en la jurisprudència dels tribunals ni en la doctrina científica, el cònjuge supervivent i els hereus del premort poden civilment, amb plena llibertat, liquidar la societat conjugal i adjudicar-se els béns que la integren en la forma que tingui per convenient. I sembla clar que les lleis fiscals, que coneixen i respecten aquesta llibertat civil, s'han de mantenir neutrals davant de situacions que no siguin il·legals i fraudulentas.

Hi ha un precedent útil en la Llei estatal de l'ISD, l'anomenada partició paral·lela o principi d'igualtat en la partició, en l'article 27.I, la vigència del qual hem de mantenir a Catalunya ja que no existeix regulació específica i perquè consagra el principi d'igualtat o proporcionalitat en la partició hereditària en els següents termes:

En les transmissions de negocis empresarials o professionals s'exigeix que la transmissió sigui de tots els elements afectes a l'activitat i que el transmissor exerceixi l'activitat de manera habitual, personal i directa

«En les successions per causa de mort, si guin quines siguin les particions i adjudicacions que els interessats facin, es considerarà als efectes de l'impost com si s'haguessin fet amb estricta igualtat i d'acord amb les normes reguladores de la successió, estiguin o no els béns subjectes al pagament de l'impost, per la condició del territori o per qualsevol altra causa i, en conseqüència, els augmentos que en la comprovació de valors resultin es prorratejaran entre els diferents adquirents o hereus.»

En aquest article 27 de la Llei estatal es proclama expressament el respecte a les normes reguladores de la successió que es troben en el dret civil. Només quan els interessats s'aparten d'aquestes normes civils entra en joc la fictícia partició fiscal,

que practica d'ofici l'Oficina Liquidadora de l'ISD i que restableix la legalitat civil que és la que es té en compte a efectes fiscals.

Hem de recordar que el Tribunal Suprem, en una sentència de 28 de juliol de 2001, va dir que es pot estendre el principi de la partició legal fictícia de l'article 27 de la Llei de l'ISD (pensat només per a la partició hereditària) a la liquidació de la societat conjugal. Aquesta sentència no ha estat confirmada per altres posteriors, no ha arribat a crear jurisprudència i ha estat rectificada pel propi Tribunal Suprem en sentència de 16 de desembre de 2004.

El criteri de la primera sentència de 28 de juliol de 2001 no ha estat admès ni tan sols per la DGT estatal, que en diverses resolucions posteriors, les primeres de 22 de maig de 2003 i de 29 de maig de 2003, i altres, confirma el criteri que ja havia sostingut en la resolució 2/1999, de 3 de març (referent aquesta última a l'habitatge habitual). Entén correctament que l'article 27 de la Llei estatal de l'ISD no afecta a les adjudicacions que es facin en la dissolució de la societat de guanys i per consegüent es podran aplicar íntegrament les reduccions en la base imposable dels béns beneficiats per als que s'adjudiquen lliurement a l'herència del cònjuge premort. Així ho ha entès també la resolució del Tribunal Econòmic Administratiu Central, de 16 de març de 2005.

Punt 16. Articles 37 al 56. Reduccions de la base imposable en les adquisicions lucratives inter vivos

La Llei preveu les següents reduccions:

— Les que milloren les reduccions anàlogues de l'Estat (seccions primera, segona i cinquena), transmissions de negocis empresarials o professionals, participacions en entitats i béns del patrimoni cultural.

— Les reduccions pròpies de Catalunya, que són les de la secció tercera (reducció per la donació de participacions en entitats a persones no parents però amb vincles laborals o professionals), secció quarta (donació de diners per constituir o adquirir una empresa individual, negoci professional o

participacions en entitats), secció setena (donació d'habitatge habitual o de diners per a adquirir-lo) i secció vuitena (reducció per aportacions a patrimonis protegits de discapacitats).

S'apliquen també aquestes reduccions per a les adquisicions gratuïtes *inter vivos* a les donacions *mortis causa* amb transmissió immediata de la propietat, subjecta a condició resolutòria o premoriència del legatari.

Cal fer notar que en aquesta matèria de donacions les remissions que la llei estatal fa a l'Impost sobre el Patrimoni (de forma que l'exempció prèvia en l'IP és requisit indispensable per a la posterior reducció en l'ISD) han tingut vigència a Catalunya fins a la publicació d'aquesta llei, que ha desvinculat la reducció en l'impost de donacions a aquesta exempció prèvia en l'IP, com ja succeïa a Catalunya en relació amb les transmissions *mortis causa*.

Per evitar repeticions, diré que en general es regulen de manera simètrica o semblant al que s'estableix en les transmissions *mortis causa* dels elements patrimonials que són objecte de reducció i la seva aplicació plantejarà qüestions anàlogues a les exposades.

En les transmissions de negocis empresarials o professionals s'exigeix que la transmissió sigui de tots els elements afectes a l'activitat i que el transmissor exerceixi l'activitat de manera habitual, personal i directa. Aquesta exigència no apareix expressada, com ja he dit, respecte del causant en les transmissions *mortis causa* de la Llei catalana.

L'exercici de manera personal, habitual i directa no exclou la designació d'apoderats, tal i com admet expressament l'article 38. 2 b quan esmenta com a possibles subjectes passius beneficiaris de la reducció les persones que sense ser parentes tinguin vincles laborals, professionals o llocs de responsabilitat.

Respecte a les transmissions gratuïtes *inter vivos* a aquestes persones amb vincles laborals o professionals, s'admeten les reduccions tant dels negocis individuals com

de les participacions en entitats. Però pel que fa a aquesta última, amb una particularitat important, ja que exigeix que en el capital de l'entitat la participació del donatari després de la donació ha de ser superior al 50%. Aquí no hi ha agreujament de les condicions estatals perquè es tracta d'una reducció pròpia de la comunitat autònoma i no anàloga o substitutiva d'una reducció estatal.

La donació de diners per constituir o adquirir una empresa individual, un negoci professional o participacions en entitats (reducció pròpia de Catalunya) per gaudir del benefici exigeix que l'empresa, negoci o entitat tingui el domicili legal i fiscal a Catalunya. Tampoc hi ha aquí agreujament de la reducció estatal.

Per a les donacions s'exigeix en general l'escriptura pública.

Les reduccions pròpies tenen límits quantitatius relativament modestos, tant pel que fa als béns i drets transmesos (elements objecte de la reducció) com pel que fa als requisits subjectius que han de concórrer en els possibles adquirents.

Molts dels dubtes i dificultats que hem exposat per a la interpretació i aplicació de la Llei en relació amb les reduccions per transmissions *mortis causa* podrien repetir-se per a les transmissions *inter vivos*.

Punt 17. Títol VI (articles 68 a 74 de la llei). Normes d'aplicació del tribut en què es regula la liquidació i el pagament de l'impost

Pel que fa a l'ajornament i fraccionament de pagament, a part del que poden concedir els òrgans de gestió, es regeix per la normativa general de recaptació, amb la qual cosa es desactiven alguns ajornaments o fraccionaments establerts en el Reglament estatal de l'Impost de Successions i entre aquests els de l'adquisició d'habitatge habitual i d'empreses individuals, la qual cosa suposa, en definitiva, un agreujament de les condicions de l'adquisició establertes per la legislació estatal, un mínim que hauria de respectar-se.

Punt 18. Parentesc per afinitat

L'afinitat és el vincle que uneix una persona amb els parents consanguinis del seu cònjuge. És una projecció del parentesc del cònjuge. Els parents per afinitat en línia recta o col·lateral poden ser subjectes passius de l'ISD i beneficiaris de les reduccions. El Tribunal Suprem, en sentència de 18 de març de 2003, fora del camp de les reduccions, va considerar que els col·laterals del grup III de la Llei estatal de l'ISD inclouen els parents per afinitat. Amb posterioritat a aquesta sentència, la DGT estatal, en data 20 de febrer de 2006, ha sostingut el contrari. S'acostuma a entendre que només quan hi ha previsions específiques a la llei civil o fiscal que hi fan referència expressa entren en joc els parents per afinitat com a destinataris de la norma.

Només quan hi ha previsions específiques a la llei civil o fiscal que hi fan referència expressa entren en joc els parents per afinitat com a destinataris de la norma

Pel que fa a la llei catalana, poden plantejar-se els següents dubtes:

- Si existeix o no parentesc per afinitat entre el convivent de fet i els parents per consanguinitat de l'altre convivent, atesa l'equiparació del matrimoni i de les unions estables de parella de l'article 59 de la llei catalana. Crec que l'assimilació es refereix només a convivents i cònjuges i no s'estén a altres efectes col·laterals del matrimoni. Així ho va establir el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya el 10 de febrer del 2000.
- Si subsisteix o no el parentesc per afinitat després de la dissolució del matrimoni. La DGT estatal, en resolucions de 4 de juliol de 2001 i 25 d'octubre de 2007, es va manifestar en sentit contrari a l'extinció mentre sobrevisqui el convivent o cònjuge. No obstant això, pot sostenir-se que es poden considerar dues situacions diferents:



1) Que el matrimoni conclogui per la causa ordinària que està en la base de la seva formulació legal i que és la mort d'un dels cònjuges. És una causa independent de la voluntat dels cònjuges. En aquest cas, pot mantenir-se, en absència de norma legal contrària, que subsisteix el parentesc per afinitat fins i tot si el cònjuge supervivent contrau segones noces o conviu en unió estable amb altres persones. Això ha de ser així perquè el matrimoni dissolt per mort d'un dels cònjuges ha produït tots els seus efectes normals, un d'ells el parentesc per afinitat, i el supervivent conserva el mateix estatut de parent per afinitat que tenia en el moment de la mort del difunt. Així ho admet el Tribunal Suprem en la sentència que abans hem citat de 18 de març de 2003.

2) Si el matrimoni acaba per causes extraordinàries, nul·litat, separació o divorci, que depenen de la voluntat d'un o dels dos cònjuges, es dissol el vincle conjugal i això comporta les conseqüències personals, familiars i patrimonials establertes a la llei amb desaparició de l'estatus anterior de casat i per tant de la seva projecció al parentesc d'afinitat.

Punt 19. Beneficis fiscals en l'IRPF quan es transmeten inter vivos a títol gratuït empreses familiars o participacions en entitats beneficiades per la reducció del 95% en l'ISD.

La Llei de l'IRPF (articles 33.3c i 36) estableix que els possibles guanys patrimonials no tributen en aquests casos en l'IRPF del transmetent si el donatari pot beneficiar-se de la reducció del 95% en l'impost de donacions.

Al meu parer, se sosté abusivament, per alguna administració fiscal, que no és aplicable aquest benefici en l'IRPF quan la donació s'aculli a un incentiu autonòmic *no coincident exactament* amb el regulat per la normativa estatal, ja que la Llei de l'IRPF es refereix als beneficis fiscals continguts per la llei estatal de l'impost de successions i no als regulats, com a anàlegs o substitutius dels de l'Estat o com a propis de la comunitat autònoma.

Punt 20. Reflexió final

L'autor ha realitzat aquests comentaris partint d'una perspectiva de dret privat, en el qual s'ha format i que no vol abandonar, i en un intent —no aconseguit— de convergència ordenada i respectuosa amb el dret

fiscal. També ha utilitzat criteris ja exposats en treballs anteriors.

Tal com s'ha expressat reiteradament, a la vista d'una llei «reglamentista» i d'un proper desplegament reglamentari, s'han omès referències a doctrines o criteris administratius recents (encara vigents) que no se sap si es mantindran, rectificaran o ometran amb el risc, conscientment assumit, d'una exposició incompleta.

En la situació legislativa actual (Estatut i Llei de Cessió de Tributs vigents), la Generalitat no té instruments substantius per poder donar un tractament fiscal autònom (diferent del general de l'Estat) a institucions tan lligades a la tradició jurídica catalana (com ara fidúcies, fideïcomisos, quarta viudal, trebel·liànica, falcídia i altres anàlogues) si no és a través de la via indirecta (i vergonyant) de les reduccions o beneficis en l'ISD, la quantia dels quals no resulti escandalosa i que estan compresos en les competències cedides. Això seria possible sobre tot en la creació de reduccions pròpies amb requisits subjectius i objectius que podrien encaixar i adaptar-se a les peculiaritats de cada institució al Codi Civil de Catalunya pràcticament complet.



Conclusions del Congrés de la Unió Internacional del Notariat sobre el blanqueig de capitals

La col·laboració del notari amb l'Estat davant els nous desafiaments de la societat (transparència dels mercats financers, blanqueig de capitals, urbanisme i medi ambient) va constituir un dels temes de debat del Congrés Internacional del Notariat que ha tingut lloc a Marràqueix.

Elisabeth GARCÍA CUETO
Notària de Santa Coloma de Queralt

Del 3 al 6 d'octubre de 2010 va tenir lloc a la ciutat de Marràqueix el XXVI Congrés de la Unió Internacional del Notariat (UINL). Els temes del Congrés van ser la col·laboració del notari amb l'Estat davant els nous desafiaments de la societat (transparència dels mercats financers, blanqueig

de capitals, urbanisme i medi ambient) i el document notarial al servei de la seguretat de les inversions, en particular, la seva fiabilitat per a la publicitat registral i la seva força executiva.

El primer tema és d'especial rellevància al nostre país, després de la *Llei 10/2010, de 28 d'abril, de Prevenció del Blanqueig de Capitals i del Finançament del Terrorisme*.
Les conclusions a què es va arribar al Congrés van ser les següents:

- a) *El notari no és un actor principal en els mercats financers.*

Aquesta conclusió és atribuïble als sistemes jurídics amb organització notarial de tipus llatí, en què el notari preserva un interès general també perseguit, en conseqüència, pels poders públics. Sense la intervenció del notari, en aquesta línia, concorreria una situació d'insuficiència documental sense el mínim estàndard de seguretat jurídica que s'ha d'oferir a la societat com a garantia en aquestes transaccions.

És interessant aturar-se en l'opinió del notari grec Styliani Noulas-Papachatzis





que relaciona el notariat amb l'actual crisi econòmica. En concret, la crisi en què està immers el seu país. Emfatitza la necessitat dels notaris, com a funcionaris públics en règim de lliure mercat, per moure's per l'eix de l'equilibri en l'esmentada llibertat. Aquesta col·laboració Estat-notariat, de gran importància, atribueix al segon participant el paper d'actor secundari, ja sigui en la seguretat jurídica; en la col·laboració amb l'Estat en tots els nivells; aporta transparència legal i funcions de supervisió a les diferents transaccions; i per suposat, autentica els actes, els interpreta i els diferencia dels documents privats, en executivitat i prova; reducció dels litigis que es deriven a l'àmbit judicial, competitivitat i molts altres.

D'aquesta manera, el company entén que la crisi, fins i tot, pot arribar a ser un factor de creixement de la professió perquè: (i) la seguretat jurídica és un dels elements més importants que s'aporten per al document públic notarial i si aquest repercuteix positivament en l'economia, dota d'una determinada estabilitat els mercats; (ii) la preparació i imparcialitat del notari creen una atmosfera de certa seguretat per als inversors que, juntament amb les diverses polítiques dels estats (bonificacions, reduccions fiscals, subvencions, entre altres), afavoreixen i permeten el desenvolupament de projectes de gran envergadura, i a llarg termini ajuden a desinflar les actuals bombolles especulatives i contribueixen a eliminar la desestabilització econòmica.

En definitiva, el notariat ha de trobar l'equilibri en l'elenc de les seves funcions, tant en la seva qualitat de funcionari com en el dipòsit de dades útils; com a informador de qualsevol transacció sospitosa a les autoritats competents, fins i tot verificant l'origen dels fons, o com a conseller legal per al client en els actes previs, mitjançant el desenvolupament del seu treball amb rigor, precisió tècnica i eficiència. Així aconsegueix complir el que denomina binomi regulació-supervisió. Representa l'autoritat i aconsegueix el compliment de la normativa (és el tercer de confiança de les parts i l'Estat) i dota el mercat i la vida social d'una major transparència. I això

també s'aconsegueix coneixent amb major profunditat els clients, i mitjançant el desenvolupament integral i d'una manera responsable de la funció encomanada, com a notaris, amb una conducta íntegra com a ciutadans i amb una finalitat que tendeix a aconseguir la millor protecció legal possible d'aquells que utilitzen els nostres serveis i de la societat; per consegüent, el notari serà un auxiliar indispensable per als poders públics.

El notariat ha de trobar l'equilibri com a informador de qualsevol transacció sospitosa a les autoritats competents i com a conseller legal per al seu client

b) El mercat financer ha d'estar regulat i subjecte a un control efectiu

Per al sistema econòmic, els mercats financers representen un element de gran calat per a la circulació d'actius: compres, vendes, augment de liquiditat, canalització d'inversions... És per això que el funcionament dels mercats ha d'estar acotat per unes regles prefixades que garanteixin l'eficiència, la transparència i la veracitat, i transmetin confiança als diversos operadors diversos. No és més que l'aplicació de l'estat policia al sector.

c) La regulació no és un obstacle als mercats

Especialment ben tractada en les ponències argentines, aquesta premissa implica un recer per als inversors dels títols que circulen, ja que dota de seguretat amb vista al compliment dels requisits legals establerts, i representa els valors que posteriorment podran disposar.

d) Els mercats financers han d'estar subjectes a les regles d'eficàcia, transparència i veracitat. I és obligació de l'Estat controlar l'activitat financera

Tal com relata la ponència argentina, l'Estat pot optar per dos mètodes o sistemes per tal d'evitar o tractar el problema del blanqueig de capitals: (1) reconstruir la ruta dels diners a partir del fet il·lícit comés, o bé (2) obtenir

el compromís d'alguns sectors (bancs, professionals, entre els quals troba un lloc destacat el notariat), per tal que compleixin determinades obligacions, majoritàriament de control i informació. És aquest segon el sistema escollit, tot i que complex i subtil, per obtenir un resultat més complet i elaborat.

No obstant això, es pot ressaltar la importància de les regles en què aquest sistema es recolza: instruccions que han de tenir en compte no només un aspecte finalista sinó també les possibilitats, facultats i límits dels sectors afectats. Això implica no atribuir més responsabilitat als agents intervinents que aquella que realment podria exigir-se dintre de l'activitat normal de la seva funció. I és justament aquest l'error existent en determinats sistemes, com el model argentí. D'aquesta manera, una estructura més avançada hauria de tendir a fixar tant pautes objectives per informar, com la categoria de l'obligat i el tipus d'activitat afectada, sense oblidar tampoc les nombroses "mutacions" culturals i en especial aquelles que provenen de les tecnologies de la informació i comunicació, que trenquen i dissipen, en certa manera, les fronteres físiques entre els diferents països. Això implica creixement i prosperitat, però a la vegada pot provocar disfuncions. D'aquí que per garantir una seguretat preventiva és indispensable un determinat intervencionisme per part del poder públic.

e) Els col·legis, i les organitzacions notariales, col·laboren amb l'Estat en la seguretat de les transaccions i ofereixen la seva col·laboració per als temes financers

Totes aquestes institucions han d'assegurar que l'acte sigui l'expressió de les intencions reals de les parts. Formalment, qualsevol tipus de menció consignada en un acte autèntic comprèn les declaracions tant de les parts com del notari mateix. No obstant això, aquesta diferència en la realitat no és tan nítida, ja que el notari ha d'aconsejar els seus clients també en la redacció de les seves declaracions, i els ha d'aclarir el significat, l'abast i les conseqüències que es deriven de cada

expressió. El notari, en el marc de la llei, ha d'aconsellar en l'àmbit privat però també ha de col·laborar amb els poders públics, quan en un acte de confiança els clients el fan partícip de dades o informació que pogués ser rellevant.

Altres punts d'ajuda tenen el seu recolzament en la necessària renovació del cadastre i l'adequació d'aquest a la realitat (qüestió resolta en altres països), en qüestions de medi ambient i urbanisme.

- f) *El document públic notarial és preferent per a la constitució de les hipoteques davant un sistema mancat de seguretat jurídica preventiva, com ha demostrat la crisi financera de les "subprime" als EUA, on s'han detectat circumstàncies diverses, totes elles coincidents en la manca d'intervenció del notari*

Tot i que pugui semblar sorprenent, des de la perspectiva del sistema espanyol, no és infreqüent trobar-se amb nombrosos països, fins i tot europeus, on no és habitual l'ús del document notarial en aquestes operacions. Així ho posa de manifest la ponència del notariat holandès, on està en debat justament aquesta qüestió, com a conseqüència de la configuració en dues fases del seu sistema de transmissió.

- g) *L'activitat de concessió de préstecs hipotecaris exigeix prudència de les entitats financeres i reflexió dels prestataris*
- h) *Els immobles que seran objecte d'hipoteca a favor dels bancs han de quedar subjectes a una taxació objectiva prèvia, a través d'una entitat independent*
- i) *El notariat rebutja un sistema a dues velocitats*

- j) *Les noves tecnologies són un instrument adequat per a l'exercici de l'activitat notarial*

Les emergents tecnologies de la informació han provocat que la professió s'hi hagi hagut d'adaptar necessàriament a un ritme totalment accelerat. El document públic electrònic és ràpid i eficaç, manté la verificació de la firma i la qualitat del notari intervinent, i també la resta de principis essencials del notariat llatí, ja que no treu eficàcia, qualitat, conservació, força probatòria i executiva al document notarial.

No obstant això, això ha produït una dessacralització de la tasca o funció notarial tot i que l'accés generalitzat al saber ha reequilibrat la relació entre notari i client, i ha generat una possibilitat de rapidesa a les transaccions realitzades.

NOTARI

Funcionari



Col·laboració
amb les administracions públiques

Confidencialitat/anonimat

Mai a l'abast del client

Organisme Centralitzat per a la Prevenció del Blanqueig de Capitals

Organismes internacionals competents per a la prevenció i lluita del blanqueig de capitals?

CONSEQÜÈNCIES PER AL NOTARI



Abans de la firma



Suspensió de la firma de l'escriptura?

Impunitat del notari?



Després de la firma



Impunitat del notari?

Compareixença davant els tribunals?



Ressenyes de Dret comparat

Deutschland – Alemanya: La legalització de l'eutanàsia passiva

El Tribunal Constitucional Alemany i la Cort de Justícia Federal han establert, des del juny passat, que no es pot considerar com a delictes el fet d'acabar amb la vida d'un pacient mitjançant la interrupció del tractament mèdic o la privació del suport que el mantenia en vida, sempre que el causant hagués donat el seu consentiment clar o hagués manifestat el seu desig exprés que no el mantinguin artificialment amb vida.

El cas que va estrenar aquesta nova tendència del Tribunal de Karlsruhe gira-

va al voltant de la vida d'una senyora en estat comatós, que havia estat mantinguda artificialment durant 5 anys. Abans de quedar-se en aquest estat, encara en plenes facultats, la causant havia expressat el desig que la seva vida no fos perllongada artificialment en el cas que per malaltia arribés a quedar-se en una situació crítica. L'advocat de la filla li va recomanar tallar la línia d'alimentació que la mantenia amb vida (en estat comatós), motiu pel qual va ser condemnat pels tribunals inferiors per haver incorregut en un delictes d'homicidi en grau de temptativa. No obstant això, es va absoldre a la filla, que va ser considerada innocent per haver actuat sota assessorament legal. El lletrat va apel·lar la sentència,

i aquest fet va donar lloc al pronunciament comentat.

Amb aquesta sentència es reconeix, per primera vegada, la primacia de la voluntat del pacient enfront de la del metge, tendència que ha estat seguida pels tribunals alemanys des d'aquell moment. No obstant això, no s'estén la legalització al suïcidi assistit, que continua estant penat a Alemanya amb presó de fins a 5 anys.

(<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=c033c25998f018af9f8c801d0b8cf5c7&nr=52999&pos=1&anz=2>)

Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales

NUEVO



Adaptada a la Ley 10/2010

La reciente publicación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, ha supuesto un cambio muy importante en las obligaciones que los miles de sujetos obligados deben seguir en la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Es importante conocer el alcance exacto del contenido de los preceptos legales y, al tiempo, faci-

litar la aplicación de la norma a los sujetos obligados clarificando cómo afecta la nueva Ley al contenido del Reglamento (Real Decreto 925/1995, de 25 de junio) en el sentido de precisar lo que permanece vigente.

Para ello, se comenta artículo a artículo, tanto el texto de la Ley señalada como el del Reglamento.

Autor: Juan Antonio Aliaga Méndez
Prólogo de Javier Zaragoza

Páginas: 912 • **Encuadernación:** Tapa dura
ISBN: 978-84-8126-613-9

Claves
LA LEY

L'acta de notificació en la subrogació hipotecària activa i altres qüestions de la jurisprudència recent i doctrina registral

Per Antonio Ángel Longo Martínez. Notari de Calafell

L'ACTA DE NOTIFICACIÓ DE L'ARTICLE 2 DE LA LLEI 2/1994

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 23 i 24 de setembre de 2009

La Llei 41/2007, de 7 de desembre, va introduir en el procediment de subrogació hipotecària activa regulat per la Llei 2/1994 la necessitat que la notificació a l'entitat creditora de la intenció de l'entitat oferent d'iniciar aquest procediment es faci notarialment, i incorpori un exemplar de l'oferta vinculant, acceptada pel deutor, que contingui les noves condicions del préstec que està disposada a aplicar. Aquesta acta contindrà, a més, el requeriment perquè l'entitat creditora entregui a l'oferent un certificat del saldo deutor actual del préstec.

Aquesta novetat només podia ser valorada positivament perquè representa una garantia afegida, dirigida fonamentalment a donar fe al començament del procediment legalment previst, en interès de totes les parts implicades. No obstant això, i lamentablement, la regulació segueix contenint llacunes que la pràctica diària ha anat posant al descobert, i que han fet necessària la presa de posició de la DGRN en diferents ocasions. En el cas de les resolucions dels dies 23 i 24 del setembre passat es torna a portar a col·lació el joc de terminis que conté l'article 2 de la Llei, concretament el que recull els seus paràgrafs tercer i quart: *"L'acceptació de l'oferta pel deutor implica la seva autorització perquè l'oferent notifiqui, per conducte notarial, a l'entitat creditora, la seva disposició a subrogar-se, i la requereixi perquè li lliuri, en el termini màxim de set dies naturals, un certificat de l'import*

del debit del deutor pel presteu o presteus hipotecaris en que s'hagi de subrogar.

Una vegada lliurat el certificat, l'entitat creditora té dret a enervar la subrogació si, en el termini de quinze dies naturals, a comptar des de la notificació del requeriment i en resposta a aquest, compareix davant el mateix notari que li ha efectuat la notificació a què fa referència el paràgraf anterior i manifesta, amb caràcter vinculant, la seva disposició a formalitzar amb el deutor una modificació de les condicions del préstec que igualin o millorin l'oferta vinculant. D'aquesta manifestació s'ha de deixar constància en la mateixa acta de notificació".

El còmput d'aquests terminis ha estat objecte de discussió entre els especialistes, notaris i registradors, no obstant això, sembla que pot sintetitzar-se com a “mínim comú denominador” de les opinions que els terminis es compten des que l'entitat oferent notifiqui en acta notarial a l'entitat creditora la seva intenció de subrogar, i que amb ells la norma la compel·leix a determinades actuacions. D'aquesta manera, l'entitat tindrà:

— Els set dies naturals que la Llei li dona per entregar a l'oferent la certificació del deute.

— Els quinze dies naturals (en els quals s'engloben els set dies anteriors) per comparèixer davant el notari autoritzant de l'acta i manifestar, amb constància en la mateixa, la seva intenció d'enervar.

En els supòsits de fet tractats per la Direcció General en les resolucions citades es donen les següents circumstàncies:



— L'entitat creditora no compareix davant el notari autoritzant de l'acta en els set dies des que se li va fer la notificació per entregar el certificat de saldo.

— El notari que va autoritzar l'acta la tanca un cop han transcorregut aquests set dies, però abans dels quinze;

— L'escriptura de subrogació es formalitza un cop han transcorregut els quinze dies des de la notificació (dada que la DG s'encarrega de destacar, ja que estableix *"s'ha de fer constar"*, però sense valorar res més).

— El registrador aprecia el defecte que consisteix en el fet que l'acta està tancada abans dels quinze dies que té l'oferent per enervar, encara que no hagi entregat el certificat.

I, en allò en què se centra la DG per acabar declarant inscriptible la subrogació, és en si per enervar ha d'haver-se entregat el certificat en el termini, i conclou que sí. No cal, doncs, l'enervació si no s'ha certificat en termini. I, tal com sabem i diu més endavant el mateix article, si no hi ha hagut certificat, el procediment subrogatori ha de continuar mitjançant el càlcul del deute per l'entitat oferent sota la seva responsabilitat, i el dipòsit del seu import en poder del notari autoritzant, a disposició de l'entitat creditora.

El problema és que en la regulació d'aquests dos terminis, el de set per entregar la certificació i el de quinze per enervar, existeix una gran diferència: **l'entrega de la certificació no té per què fer-se notarialment**, mentre que **la decisió d'enervar sí que ha de constar en la mateixa acta de notificació**. Aquesta és, sens dubte, una de les grans llacunes legals, quan tota lògica hauria indicat la necessitat que l'entrega de la certificació constés en l'acta.

Al respecte, la DG diu que, si més no d'acord amb els principis de bona fe i lleialtat entre entitats financeres, l'entrega del certificat per l'entitat creditora hauria de fer-se per la mateixa via notarial per la qual va rebre el requeriment, i l'entitat oferent no hauria de seguir el procediment de subrogació mitjançant dipòsit notarial de l'import del deute si ha rebut la certificació del deute per una via diferent a la notarial. Tot això sens perjudici de les accions que en el seu cas pugui exercir davant els tribunals l'entitat creditora per exercir el seu dret a enervar.

Quant a l'anterior, cal plantejar-se les següents qüestions:

— És correcte que, com en el cas de les resolucions, es tanqui l'acta abans dels quinze dies si en els set dies següents a la notificació l'entitat creditora no ha comparegut davant el notari i no ha entregat el certificat?

S'ha de reparar que, malgrat ser aquesta "una part" del defecte plantejat pel registrador, la Direcció General no es defineix, i únicament fonamenta i rebutja "l'altre part" del defecte, negant la possibilitat d'enervar si no s'ha certificat.

En el seu dia, i mitjançant "nota aclaridora" de 14 de març de 2008, el Consell General del Notariat va entendre que per tancar l'acta havia d'esperar els quinze dies previstos a l'article 2 de la Llei.

En la meua opinió, la interpretació que va fer el Consell segueix sent correcta pels motius que ja s'han exposat: l'entrega no té per què fer-se notarialment, encara que segons la DG s'hi hauria de fer i, si s'hagués fet d'una altra manera i en termini, en tancar l'acta anticipadament s'estaria impedit a l'entitat creditora el dret de manifestar en la forma legalment prevista, constància en l'acta, la seva decisió d'enervar. Què faria el notari que ha tancat l'acta si abans dels quinze dies compareix un representant de la creditora amb un burofax que acredita haver enviat a l'oferent el certificat de saldo dins dels set dies?

Ara bé, suposant que es contesti afirmativament a l'anterior qüestió, és correcte autoritzar la subrogació d'acord amb una acta tancada després dels set dies, però abans dels quinze dies? Sembla que per la DG sí. Jo sento no compartir aquest criteri per les raons exposades. En resum, perquè si bé és elemental que si hi ha manifestació de voler enervar no pot haver-hi subrogació, l'estàriem autoritzant sense haver comprovat en la forma legalment prevista que no s'ha fet tal manifestació.

— Té alguna incidència que en aquest cas l'escriptura de subrogació s'autoritzi abans o després que els quinze dies hagin transcorregut? A les resolucions citades la Direcció General destaca la circumstància que han transcorregut aquests quinze dies, però no diu per què resulta una dada destacable. Òbviament, si no haguessin transcorregut els quinze dies, no s'hauria complert el termini que concedeix la Llei a l'entitat creditora per manifestar el fet de voler enervar, però quina importància té si es considera que el fet de no haver comparegut per entregar el certificat vol dir que ja no pot haver-hi tal manifestació? La veritat és que únicament si el notari autoritzant de l'acta és el mateix que autoritza la subrogació, podria saber que han transcorregut els quinze dies i no hi ha hagut manifestació de voler enervar (encara que no s'entendria llavors per què s'havia tancat l'acta amb anterioritat). Si haguessin estat notaris diferents, amb una acta tancada abans de temps aquesta circumstància hauria restat enlaire.

En qualsevol cas, segons la doctrina d'aquestes resolucions, que sembla basar-se més en principis com la "lleialtat entre entitats" que en la lletra de la llei, sempre serà una cautela elemental que el representant de l'entitat subrogada declari expressament que no ha rebut la certificació de la creditora per qualsevol via diferent de l'entrega al notari autoritzant de l'acta.

CONSEQÜENCIES DE LA DEROGACIÓ PER INCONSTITUCIONALITAT DE L'ARTICLE 14.4 DEL CODI CIVIL EN LA REDACCIÓ DONADA PEL DECRET 1836/1974

Sentència del Tribunal Suprem de 14 de setembre de 2009

De nou el tema de l'adquisició i pèrdua del veïnatge civil és objecte de tractament per part del Tribunal Suprem, la qual cosa



Sentències

no és estranya ja que, d'una banda, el nostre ordenament civil fa dependre del veïnatge la major part dels drets i deures que configuren l'estatut personal i patrimonial dels ciutadans (Capítols IV i V del Títol Preliminar del Codi Civil), amb la qual cosa la incidència que la seva correcta determinació presenta en l'àmbit jurídic és constant i, de l'altra, aquest mateix ordenament segueix presentant una falta de connexió cada cop menys justificable entre veïnatge i registre civil, la qual cosa dificulta en gran mesura aquesta determinació.

I, si bé el Tribunal Suprem fa referència a una norma avui derogada, la prolongació en el temps dels seus efectes fa necessari considerar la doctrina que emana d'aquesta sentència, tal com s'observa en el mateix supòsit de fet que es substancia, en què els drets dels litigants depenien en últim terme de l'adquisició o no del veïnatge civil català per la seva mare i, conseqüentment, de l'aplicació d'una o altra legislació a la seva herència.

Es discuteix concretament sobre la legislació aplicable a l'herència de la senyora Milagrosa, viuda del senyor José Pablo, que, d'acord amb el seu presumpte veïnatge civil navarrès, havia atorgat testament a favor del seu fill Leonardo, sense deixar res al seu altre fill, Victorio. Aquest últim addueix que la causant tenia veïnatge civil català i reclama la seva meitat de l'herència o, com a mal menor, la seva legítima, que es valora en 522.620.916 pessetes, és a dir, tres milions cent quaranta-un mil catorze euros amb noranta-set cèntims (3.141.014,97 euros), més la vuitena part del valor d'una sèrie de béns que es determinaria en executar la sentència. Els següents punts són antecedents resumits en ordre cronològic:

— El 21 de novembre de 1986, el sr. José Pablo declara, davant el Registre Civil de Pamplona, que vol adquirir la residència foral navarresa per residència continuada de dos anys. Aquesta declaració va causar la inscripció marginal en el certificat de naixement d'ambdós cònjuges, ja que la seva dona, la senyora Milagrosa, adquireix el veïnatge civil del marit en virtut del principi d'unitat familiar establert a l'article 15.3 CC que, en la seva redacció original i en la regulació de les formes d'obtenir veïnatge, disposava que *"en qualsevol cas, la dona seguirà la condició del marit"*.

— El senyor José Pablo va morir el 20 d'abril de 1986 a Barcelona, on sempre havien residit els cònjuges (sic a la sentència del Suprem). Aquesta menció s'ha de posar en relació amb l'al·legació que fa el recurrent sobre el caràcter fraudulent de l'adquisició del veïnatge navarrès, que l'Audiència estima, però no ho fa el Suprem per falta de proves.

— El 20 de febrer de 1996, és a dir, a punt de complir deu anys de la mort del seu marit, la senyora Milagrosa va declarar davant l'encarregat del Registre Civil la seva voluntat de conservar el veïnatge civil de Navarra.

— La senyora Milagrosa va morir l'11 de gener de 1998 a Barcelona.

— El Jutjat de 1a Instància, l'Audiència Provincial i el TS donen la raó al senyor Leonardo, i condemnen el seu germà Victorio al pagament de la legítima.

Interessen les següents qüestions, tractades per la STS:

a) La senyora Milagrosa no va adquirir el veïnatge foral navarrès per manifestació expressa i residència continuada de dos anys sinó de conformitat amb el derogat article 15.3 (després 14.4) del Codi Civil, que imposava a la dona casada el veïnatge del marit, i aquesta declaració va ser suficient per causar la nota marginal en la inscripció de naixement de la causant.

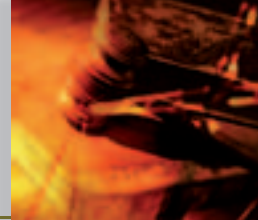
I la norma del vigent art. 14.5 del CC, que estableix que la declaració davant el Registre Civil no necessita ser reiterada, s'ha d'entendre en el cas de declaració expressa, cosa que no ocorre en aquest cas, en el qual la senyora Milagrosa no va adquirir el veïnatge civil navarrès per declaració expressa davant l'encarregat del Registre Civil sinó per seguir el veïnatge adquirit pel seu marit.

Per tant, la possibilitat que la senyora Milagrosa conservés el veïnatge civil navarrès venia condicionada pel fet que fes personalment, en temps i forma, la pertinent declaració de voluntat davant el Registre Civil corresponent.

b) La norma que conté l'article 14.4 CC (anterior 15.3) en virtut de la qual **la dona casada es veia vinculada al veïnatge civil del seu marit va deixar de tenir efecte el 1978 amb l'entrada en vigor de la Constitució, a la data de la seva publicació el 29 de desembre de 1978, en quedar derogat aquest precepte per ser clarament inconstitucional**, i en virtut de la Disposició Derogatòria, apartat 3, per ser contrària al principi d'igualtat entre els cònjuges consagrat als articles 14 i 32.1 CE. Com a conseqüència, la senyora Milagrosa, per residència continuada a la ciutat de Barcelona durant més de deu anys, va recuperar el veïnatge civil català el 29 de desembre de 1988.

La inconstitucionalitat de la normativa anterior a la Constitució, que s'oposava a allò que s'hi preveia, conforme a l'esmentada Disposició Derogatòria, apartat 3, es va posar de manifest a la Sentència del Tribunal Suprem de 6 d'octubre de 1986 a propòsit d'un cas en què el règim econòmic matrimonial havia quedat determinat pel veïnatge civil del marit en el moment de contraure matrimoni, encara que sense conseqüències pràctiques pel cas referit, ja que el matrimoni s'havia celebrat abans que la Constitució entrés en vigor. La posterior publicació de les Lleis 11/1990, de 5 d'octubre, i 18/1990, de 17 de desembre, que van donar nova redacció als articles 14 i 15 del Codi Civil, van adequar la regulació d'aquesta matèria segons el principi constitucional de no discriminació per raó de sexe.

c) **La competència del jutge ordinari per declarar la derogació d'una norma per inconstitucionalitat sobrevinguda.** Davant la posició del recurrent sobre el fet que el jutge hauria d'haver plantejat la qüestió d'inconstitucionalitat, el TS cita la STC 39/2002, de



14 de febrer, segons la qual està clarament admesa la possibilitat que el jutge ordinari declari la derogació per inconstitucionalitat sobrevinguda de normes anteriors a la Constitució, i no es requereix el plantejament de la qüestió d'inconstitucionalitat, encara que pot optar per ella tal com reconeix la sentència del Tribunal Constitucional citada.

d) Interpretació de la **disposició transitòria de la Llei 11/1990**. Tal com sabem, l'esmentada Llei 11/1990, de 15 d'octubre, de reforma del Codi Civil en aplicació del principi de no discriminació per raó de sexe, elimina el principi d'unitat familiar pel qual la dona casada seguia el veïnatge del marit, i els fills no emancipats, el del seu pare i, en defecte d'aquest, el de la seva mare.

La disposició transitòria d'aquesta llei estableix unes pautes per resoldre les conseqüències de l'eventual pèrdua forçosa del veïnatge que, si escau, s'hagués produït en virtut de l'aplicació del principi esmentat. D'aquesta manera, aquesta disposició permet a la dona casada recuperar el veïnatge civil que ostentava abans de contraure matrimoni amb dues condicions: que ho sol·liciti de forma expressa i que ho faci en un termini d'un any des de l'entrada en vigor de la Llei 11/1990. Segons el recurrent, això demostra que el legislador estava convençut de la vigència de l'art. 14.4 CC abans de l'entrada en vigor de la Llei de 1990, perquè si no totes les dones haguessin tornat a adquirir el veïnatge civil *ope legis* a l'entrada en vigor de la Constitució.

La complexitat d'aquest tema, diu el Tribunal Suprem, està provocada per la falta de diligència del legislador en la regulació d'aquesta matèria, perquè la derogació del principi esmentat d'unitat familiar en el veïnatge civil no es va formalitzar de forma efectiva fins la reforma efectuada el 1990. En cas que es conclougui que la disposició transitòria transcrita va tenir com a finalitat permetre a les dones casades en la situació que s'hi preveia optar pel veïnatge civil d'origen, sense tenir en compte la derogació realitzada per la Constitució, caldria considerar que l'esmentada disposició transitòria contenia una norma inconstitucional, perquè el legislador va oblidar aquesta derogació per incompatibilitat amb el principi d'igualtat entre el cònjuges i obligaria a la Sala a plantejar la qüestió d'inconstitucionalitat. No obstant això, l'art. 5.1 LOPJ obliga els jutges a interpretar i aplicar les lleis "*segons els preceptes i principis constitucionals*", establint la denominada interpretació *secundum constitutionem*, que s'ha d'utilitzar en aquest punt.

D'acord amb aquesta tècnica, **s'ha d'entendre que l'esmentada disposició transitòria s'aplicarà en aquells casos en què la dona no hagi adquirit el veïnatge civil d'origen en el moment d'entrar en vigor la Llei 11/1990**. És a dir, que la **Disposició transitòria de la Llei 11/1990 no és l'única forma de recuperar el veïnatge civil perdut pel matrimoni**, perquè segueixen funcionant els diferents sistemes establerts a l'art. 14 CE (sic: fa referència al CC), és a dir, la residència de dos anys, amb declaració favorable, i la de 10 anys, sense declaració en contra, que,

a partir de la derogació per inconstitucionalitat sobrevinguda de l'art. 14.4 CE (sic: fa referència al CC), van permetre a les dones casades adquirir un veïnatge diferent al del seu marit, i tancar així el cicle de l'esmentada disposició transitòria quan això no s'hagués produït. D'aquesta manera, en haver quedat exclòs per la norma inconstitucional el principi d'unitat familiar, la dona casada va poder adquirir, amb independència del seu cònjuge, un veïnatge civil diferent al del seu marit, complint els requisits exigits en el Codi. I això és el que va ocórrer en aquest cas, conclou el Tribunal Suprem, ja que, com la senyora Milagrosa residia a Barcelona, segons s'ha provat, va adquirir el veïnatge civil català el 1988, és a dir, deu anys després de l'entrada en vigor de la Constitució, perquè no va realitzar declaració en contra.

En resum, segons el Suprem, per conseqüència de la derogació que la Constitució va provocar de la norma de l'art. 14.4 CC, des del dia 29 de desembre de 1978 (publicació de la Constitució) tota dona casada que hagués perdut el seu veïnatge d'origen per seguir el del seu marit va deixar d'estar subjecta a aquesta vinculació i va estar-ho al règim general d'adquisició i pèrdua del veïnatge per residència continuada de l'art. 14.5: possibilitat d'adquirir el veïnatge de la seva residència voluntàriament als dos anys (29 de desembre de 1980) i adquisició automàtica, si no hi ha declaració en contrari, als deu anys (29 de desembre de 1988). Si no s'hagués produït aquest canvi de residència, tindria l'opció addicional que deriva de la disposició transitòria de la Llei 11/1990, de recuperar, a l'any següent a l'entrada en vigor d'aquesta llei, el veïnatge que va perdre en contraure matrimoni.

Els supòsits d'adquisició voluntària, ja siguin per residència de més de dos anys, o per l'opció de recuperació reconeguda a la Llei 11/1990, no haurien de presentar cap problema, perquè s'exigeix un reflex documental d'aquesta voluntat en el Registre Civil corresponent. Ara bé, l'adquisició automàtica del veïnatge del lloc de residència durant el transcurs dels deu anys sense declaració en contrari provoca efectes una mica paradoxals als quals convindria prestar atenció:

— D'una banda, els de la sentència estudiada: una persona que ha adquirit un determinat veïnatge d'acord amb la llei i ordena la seva successió a l'empara de la mateixa es troba amb el fet que deu anys després de publicar la Constitució perd aquest veïnatge per haver estat vivint en un territori diferent, la qual cosa altera dràsticament l'eficàcia de les seves disposicions successòries, malgrat haver fet declaració de voler conservar el que creia que era el seu veïnatge civil, declaració que es torna ineficaç perquè per llavors ja l'havia perduda pel joc de la residència continuada.

— D'altra banda, el que la dona que va contraure matrimoni a partir del 29 de desembre de 1978 no va perdre el seu veïnatge si el del seu marit era diferent, perquè la Constitució havia derogat l'aparentment vigent art. 14.4 CC; vigència l'aparença de la qual resulta destacada en dictar el legislador el 1990 una norma expressament dirigida al fet que aquesta persona pogués recuperar el



veïnatge que havia perdut com a conseqüència del seu matrimoni, és a dir, donant per suposat aquesta pèrdua que ara s'entén que descarta el TS.

Tot això ens condueix, com dèiem al principi, a conclusions que no és el primer cop, ni molt menys, que s'exposen: la insuficient regulació en el nostre dret de l'acreditació del veïnatge civil de la persona. Tenint la seva determinació la transcendència que té, no sembla lògic que hi hagi tantíssims casos en què aquesta acreditació no sembla ser fefaent, a vegades ni tan sols documental, i estigui, pel contrari, subjecta a fets la prova dels quals ni els mateixos interessats poden a vegades facilitar. De la mateixa manera que el règim econòmic matrimonial, per mencionar l'efecte que probablement ens ve a la ment més ràpidament, hauria de tenir reflex en tota inscripció de matrimoni, i no només quan existeixen pactes expressos, la connexió entre veïnatge i Registre Civil hauria de ser objecte d'un estudi en profunditat que permetés evitar situacions com les que avui tenen lloc, en què una adquisició voluntària de veïnatge civil per residència continuada, o de conservació de l'anterior, sí que es fa constar en el Registre en virtut de la pertinent declaració, però el canvi *ipso iure* de veïnatge als deu anys de residència es produeix no ja sense constància en el Registre Civil, sinó en la majoria dels casos sense coneixement dels propis interessats.

DATA D'ATORGAMENT DE L'ESCRITURA COM A DETERMINANT DE LA NORMATIVA APLICABLE A LES DECLARACIONS D'OBRA NOVA

Resolució de la Direcció General de los Registros i del Notariat de 9 de gener de 2010

El supòsit de fet que dóna lloc a la resolució és el d'una escriptura de declaració d'obra nova, amb data de 25 de setembre de 2007, relativa a una construcció finalitzada el 26 d'abril de 2007. És a dir: construcció dos mesos i escaig abans, però escriptura dos mesos i escaig després de l'entrada en vigor (1 de juliol de 2007) de la Llei 8/2007, de 28 de maig, del sòl. El registrador entén aplicable aquesta normativa, mentre que el Notari addueix que el règim aplicable als requisits per obtenir la inscripció de les obres noves finalitzades ha de ser el que correspongui a la data de finalització de l'obra (en aquest cas, el resultat de la Llei 6/1998, de 13 d'abril, de règim del sòl i valoracions).

La Direcció General confirma el defecte i, com a conseqüència, declara aplicable la Llei 8/2007, de 28 de maig, del sòl, en la qual, i com a mesura de control de la legalitat urbanística, l'article 19.1 imposa als notaris determinades obligacions de comprovació del compliment dels requisits i deures urbanístics pels interessats. D'aquesta manera, aquesta norma prescriu que, per autoritzar una escriptura de declaració d'obra nova finalitzada, els notaris han d'exigir, a més de la certificació expedida per un tècnic competent al qual fa referència aquesta disposició, "l'acreditació documental del compliment de tots els requisits imposats per la legislació reguladora de l'edificació per lliurar-la als seus usu-

aris i atorgar, expressament o per silenci administratiu, les autoritzacions administratives que prevegi la legislació d'ordenació territorial i urbanística". Recorda a continuació que en la Resolució Circular de 26 juliol de 2007, aquesta norma va ser interpretada en el sentit que aquesta exigència "...significa que no s'autoritzaran pels notaris ni s'inscriuran pels registradors de la propietat les escriptures públiques de declaració d'obra nova finalitzada o les actes de finalització d'obra d'edificacions subjectes a la Llei 38/1999, de 5 de novembre, d'ordenació de l'edificació (d'ara endavant, LOE) sense que se'ls acreditin tant l'assegurança decennal regulada en l'article 19 de la llei esmentada, com els altres requisits documentals exigits per aquesta llei per entregar-la a l'usuari. Aquesta documentació no és altra que el Llibre de l'Edifici al qual fa referència l'art. 7 de la LOE".

La Direcció General afegeix que "l'objecte de l'art. 19.1 de la Llei 8/2007 no és el de regular els controls administratius sobre la forma en què s'ha executat l'obra, sinó els requisits necessaris per la seva documentació pública i inscripció registral i, per tant, les successives redaccions legals en la matèria" i cita des de la Llei 8/1990, de 25 de juliol, fins al Text Refós de la Llei del sòl, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 2/2008, de 20 de juny, "seran d'aplicació els documents atorgats durant els respectius períodes de vigència, encara que les corresponents obres s'hagin executat en un moment anterior".

És aquest punt de la resolució el que sembla convenient analitzar amb més deteniment. Inicialment, sembla que, d'acord amb aquesta doctrina, en tota declaració d'obra nova finalitzada atorgada a dia d'avui, i amb independència de la data de finalització de la construcció, estariem obligats a complir el que preveu el vigent Text Refós, aprovat per Reial Decret Legislatiu 2/2008, de 20 de juny, l'art. 20 del qual conté la mateixa prescripció que l'art. 19.1 de la Llei 8/2007 transcrit anteriorment.

Implica això una modificació en el règim fins ara aplicable a les esmentades "obres preexistents" o "obres noves velles"? Entenc que no, sens perjudici que convingui fer algunes observacions:

a) Quant a aquelles construccions respecte de les quals hagi prescrit l'eventual infracció urbanística i no consti en el registre l'anotació que la contradigui, seguirà sent suficient amb acreditar aquesta circumstància per qualsevol dels mitjans previstos a l'art. 52 del RD 1093/1997: certificació cadastral o municipal, certificació tècnica o acta notarial, de les quals en resulti l'antiguitat i la coincidència de la descripció amb la que consta en el títol.

No obstant això, s'ha de tenir en compte, en relació amb aquests casos, quelcom que ens pot passar per alt a vegades: la possibilitat que, tot i estar prescrita l'acció de restabliment de la legalitat urbanística, la construcció sigui, tanmateix, posterior a l'entrada en vigor de la Llei d'ordenació de l'edificació (6 de maig de 2000) i, si bé no la llicència d'obres, hauríem d'exigir que se'ns acrediti l'existència de l'assegurança decennal i del Llibre de l'Edifici. Això, naturalment, sens perjudici de les excepcions reconegudes en els casos d'auto-



promotor d'habitatge unifamiliar, a les quals caldrà afegir, quant a aquesta assegurança, el cas que hagin passat també els deu anys de vigència legal, cosa que haurà pogut començar a ocórrer, per tant, a partir del 6 de maig de 2010.

b) Quant a les construccions anteriors al 18 d'agost de 1990, data d'entrada en vigor de la Llei 8/1990, resolucions com les del 3 d'octubre de 2002, 6 de juliol de 2005 o 11 de juny de 2007 contenen la doctrina de la DGRN.

En aquesta última, la DGRN recorda que la Disposició Transitòria 5a del Text Refós de la Llei del sòl de 1992 va establir que les edificacions existents a l'entrada en vigor de la Llei 8/1990 s'entendran incorporades al patrimoni del seu titular, per la qual cosa no se'n pot impedir la inscripció; no és obstacle per a això que es basin només en la mera manifestació de l'interessat. És a dir, cal acreditar-ne l'antiguitat, però, a diferència del cas anterior, no és precís que la descripció de l'obra declarada es recolzi en certificació tècnica o administrativa.

Cal recordar que la citada Disposició Transitòria 5a va ser mantinguda en vigor per la Llei del sòl de 1998 i per la Llei del sòl de 2007, i que el seu contingut també es recull avui a la Disposició Transitòria 5a del Text Refós vigent, aprovat per Reial Decret Legislatiu 2/2008, de 20 de juny (Disposició transitòria 5a. Edificacions existents. Les edificacions existents a l'entrada en vigor de la Llei 8/1990 de 25 de juliol, situades en sòls urbans o urbanitzables, realitzades de conformitat amb l'ordenació urbanística aplicable o respecte de les quals ja no correspongui dictar mesures de restabliment de la legalitat urbanística que impliquen la seva demolició, es consideraran incorporades al patrimoni del seu titular).

DIVISIÓ HORITZONTAL SENSE LLICÈNCIA D'HABITATGE UNIFAMILIAR

Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 14 de gener de 2010

Es planteja el supòsit de fet en territori de la Comunitat Autònoma d'Andalusia. La divisió horitzontal afecta una edificació declarada com a habitatge unifamiliar, que va obtenir llicència municipal d'obres el 29 de gener de 1992, i se'n va declarar l'ampliació a l'empara d'allò que disposa l'art. 52 del Reial Decret 1093/1997. La discussió torna a centrar-se en l'aplicabilitat o no de l'art 53 a) d'aquest Reial Decret, segons el qual no poden constituir-se com a elements susceptibles d'aprofitament independent més dels que s'hagin fet constar en la declaració d'obra nova, llevat que s'acrediti, mitjançant nova llicència concedida d'acord amb les previsions del plantejament urbanístic vigent, que es permet un nombre més gran. En la interpretació d'aquest precepte, la Direcció General declara que per a la seva aplicació es precisa norma amb rang de llei que exigeixi clarament la llicència. El registrador al·lega que en aquest cas aquesta norma constitueix l'art. 66.2 de la Llei 7/2002, de 17 de desembre, d'or-

denació urbanística d'Andalusia, que considera actes reveladors d'una possible parcel·lació urbanística aquells en què, mitjançant (...) divisions horitzontals o assignacions d'ús o quotes en proindivís d'un terreny, finques, parcel·les, (...) puguin existir diversos titulars als quals correspon l'ús individualitzat d'una part de l'immoble. LA NOTARIA al·lega que aquest precepte s'ha d'entendre aplicable als terrenys que siguin no urbanitzables, i la Direcció General entén que és indubtable que el precepte no fa referència a una edificació sinó al terreny, finca o parcel·la i afegeix: *"En definitiva, i com ja ha esmentat aquest centre directiu (vegeu resolucions esmentades a 'Vistos'), la propietat horitzontal pròpiament dita, encara que sigui per parcel·les, des del moment en què manté la unitat jurídica de la finca (o dret de vol) que li serveix de suport, no es pot equiparar al cas anterior perquè no hi ha divisió o fraccionament jurídic del terreny que es pugui qualificar com a parcel·lació ja que no hi ha alteració de forma (la que es produeixi serà fruit de l'edificació necessàriament emparada en una llicència o amb prescripció de les infraccions urbanístiques comeses), superfície o límits. L'assignació de l'ús singular o privatiu de determinats elements comuns o les seves porcions, tan freqüents en el cas de terrats o patis com en el de zones del solar no ocupades per la construcció, no altera aquesta unitat. Seria el mateix cas que exigir llicència per a la divisió horitzontal en els freqüents casos d'edificacions integrades per diferents habitatges adossats, construïts amb una llicència que ho autoritza sobre un solar indivisible segons la mateixa ordenació".*

Si traslladem aquesta qüestió a Catalunya, la resposta genèrica seria molt diferent perquè la norma general que la DG "reclama" per exigir la llicència conforme a l'art. 53 del RD 1093/1997 la trobem a l'art. 179, lletra r, del TR de la Llei d'urbanisme, que l'exigeix per a *"la constitució d'un règim de propietat horitzontal o bé d'un complex immobiliari privat, o la seva modificació quan comporti un increment del nombre d'habitatges o establiments, i també les operacions que tinguin per objecte constituir més elements susceptibles d'aprofitament independent dels que s'hagin fet constar en una declaració d'obra nova precedent. No cal la llicència si la llicència d'obres ja conté el nombre de departaments individuals susceptibles d'aprofitament independent"*. La regla general és, per tant, exigir la llicència per a qualsevol constitució o modificació de propietat horitzontal, sempre que comporti un increment d'elements independents.

No obstant això, entenc que en un cas com el que sembla que és objecte de la resolució potser també a Catalunya l'escriptura es podria haver autoritzat i inscrit. Tot depèn de com s'ha declarat aquesta ampliació d'obra nova. Si sobre el que era, en termes registrals, un habitatge unifamiliar es declara i inscriu en el seu moment mitjançant l'art. 52 RD 1093/1997 (antiguitat de l'obra) una ampliació consistent en un altre habitatge, la construcció resultant podrà ara ser objecte de divisió horitzontal amb formació de dos habitatges independents, ja que de la mateixa no resulten més elements independents dels que ja consten a la descripció tabular. I si d'aquesta descripció no resulta que hi ha dos habitat-



Sentències

ges, però es pot demostrar, pels mitjans previstos a l'esmentat art. 52, que així és des d'una data que impliqui la prescripció de l'eventual infracció urbanística, tampoc s'exigiria la llicència per a la divisió horitzontal.

A part d'això, la doctrina de la DGRN d'entendre no exigible la llicència en els casos de divisió horitzontal, d'acord amb les característiques especials d'aquest règim jurídic, sembla trobar un argument de pes quan posa l'exemple dels *"freqüents casos d'edificacions integrades per diferents habitatges adossats construïts amb una llicència que així ho autoritza sobre un solar indivisible segons la mateixa ordenació"*; però aquest no és pròpiament un cas de divisió horitzontal sense llicència, sinó més bé de llicència implícita en la d'obres, la qual cosa queda clara en el mateix art. 179, lletra r, del TR, transcrit anteriorment, que ho contempla a l'últim paràgraf: si la llicència d'obres determina el nombre d'elements, és suficient per a construir-los com a independents a la divisió horitzontal.

A banda d'aquests casos, segueix semblant-nos xocant que segons la DGRN es pugui construir en propietat horitzontal amb formació de dos habitatges privatis la construcció que en la mateixa escriptura es declara en obra nova i que la llicència autoritza com a un habitatge unifamiliar. Aquest va ser el cas de la Resolució de 16 de gener de 2002, transcrita pel notari en el seu recurs, i citada a "vistos", que vam comentar, i en la qual la DG argumenta que *"encara que sigui cert que correspon al plantejament la determinació de la intensitat edificadora de cada zona de sòl, s'ha d'acabar en l'assenyalament del volum edificable o dels metres quadrats d'edificació residencial per hectàrea"*. Costa admetre que el plantejament no tingui res a dir en relació amb el nombre d'habitatges edificables per sector; sens dubte, no sembla entendre-ho així el legislador català, que a l'art. 36 del TR de la Llei d'urbanisme diu que *"el plantejament general assigna l'aprofitament urbanístic"* i que *"també integra l'aprofitament urbanístic la densitat de l'ús residencial, expressada en nombre d'habitatges per hectàrea"*.

PROPIETAT HORITZONTAL: ABAST DE LA PREVISIÓ ESTATUTÀRIA QUE PERMET LA SUBDIVISIÓ DE LOCALS

Sentència del Tribunal Suprem d'11 de febrer de 2010 i Resolució de la DGRN de 12 d'abril de 2010

La STS d'11 de febrer de 2010 resol un cas a favor d'un propietari d'un local a la planta baixa de l'edifici en règim de propietat horitzontal que, a l'empara de la norma estatutària que autoritza la subdivisió d'aquests locals, realitza aquesta divisió i, per donar sortida a la via pública al local segregat, converteix en porta el que fins ara era una finestra.

El TS reconeix que aquesta doctrina és singular per al cas concret: interpretació de l'art. 7 LPH en cas de locals comercials en planta

baixa, mentre que les sentències invocades per el recurrent tenen caràcter general (a la de 27 de juny de 1996, el TS, en un cas amb una previsió estatutària idèntica, va negar al propietari d'un local en planta soterrani comunicar la porció segregada mitjançant l'obertura de porta al vestíbul d'entrada de l'immoble).

Per tant, l'interès de la sentència radica en determinar l'aplicabilitat del seu contingut en aquells supòsits en què es planteja formalitzar una divisió de local que integra un edifici en propietat horitzontal, quan aquesta divisió, per si mateixa, no permet als seus locals resultants tenir sortida a un element comú o a la via pública i, per tant, no reunirien els requisits per ser susceptibles per considerar-los com a "elements independents", d'acord amb els articles 1 de la LHP o, a Catalunya, el 553-2 del CCC. Tot això, per descomptat, si partim de la base que la previsió estatutària no prevegi, com en ocasions passa, l'obertura directa d'aquesta comunicació.

A vegades aquest accés a l'element comú o a la via pública s'aconsegueix mitjançant la constitució prèvia o simultània d'una servitud de pas per un altre element independent, possibilitat expressament reconeguda per la DGRN a la Resolució de 16 de maig de 2002, en la qual aquesta servitud es constituïa sobre el local restant i a favor del segregat.

No obstant això, en aquest cas es tracta de donar sortida a través de l'obertura d'una porta, bé a la via pública, a la sentència comentada, o bé al portal de l'edifici, a la de 27 de juny de 1996.

D'acord amb el TS, si es tracta d'un local comercial a la planta baixa i d'una porta oberta al carrer, la doctrina singularitzada d'aquest cas és que sí procedeix admetre-ho.

A partir d'aquí, la qüestió és si cal seguir aquesta doctrina o demanar l'autorització de la comunitat. Personalment, crec que demanaria aquesta autorització i la llicència d'obres corresponent, també necessària per dur a terme aquesta obertura i, per tant, per garantir la possible configuració del local com a element independent. No obstant això, a Catalunya, si s'ha atorgat la llicència de divisió de conformitat amb l'art 179.2 r del TR de la Llei d'urbanisme, basant-se en un projecte que contempla aquesta obertura, s'ha de considerar que la llicència incorpora la d'obres.

A la RDGRN partim també d'una autorització en els estatus de comunitat que permet dividir o segregar els locals, d'acord amb això, la societat propietària de local soterrani efectua el següent:

— Segrega una porció i *"reté l'ús sobre l'espai lliure exterior, que mentre no s'assigni d'altra manera, correspondrà al local restant"*, la qual cosa, per al registrador, suposa una modificació del títol constitutiu de la divisió horitzontal que requereix acord unànim de la comunitat de propietaris.

— A més de la previsió esmentada, a l'escriptura s'estableixen uns estatuts per a aquest local, en els quals es disposa que la propietària anirà segregant diferents locals, assignant a cadascun una



quota que serà el seu mòdul de participació en elements comuns i determina que els propietaris de les places d'aparcament integrades en aquest local 1 podran constituir-se en junta per tractar les qüestions que els afecten, s'hi aplicarà analògicament la Llei de Propietat Horitzontal.

— Per últim, constitueix servitud de pas permanent sobre la finca restant i a favor de la segregada, que adquirirà eficàcia jurídica quan se separi la propietat d'ambdues finques.

Si fem referència a cadascuna d'aquestes tres qüestions, cal dir que l'únic defecte que aprecia el registrador al·ludeix a la primera:

a) El problema que, suposo, sembla veure el registrador és l'ús del verb "retenir" per part de la societat propietària del local, en fer referència a l'ús de l'espai lliure exterior, com si fos un dret atribuït a la societat i no al local. En qualsevol cas, la DG estima el recurs i matisa que si pertany l'ús exclusiu d'algun element al local matriu, aquest ús es pot atribuir a qualsevol dels locals en què es subdivideix, sense necessitat que la Junta ho consenti.

b) Respecte a les normes estatutàries que configuren el règim aplicable al total local soterrani de forma, diu l'escriptura, "anàloga" a la propietat horitzontal, cal dir que és perfectament admissible, i que aquest règim podria ser no ja anàleg sinó el "de la" propietat horitzontal. En aquest sentit, cal recordar que la Resolució de 19 de juny de 2001 va admetre expressament la constitució en propietat horitzontal d'un departament integrat en un edifici sobre el qual ja estava constituït el règim de propietat horitzontal, en forma de "superposició de dos règims independents".

c) Finalment, quant a la constitució de servitud com a manera de donar accés a l'exterior o a un element comú, podríem qüestionar-nos si el fet que aquesta quedi de forma suspensiva condicionada a la separació de la propietat d'ambdues finques podria suposar un obstacle per a la configuració del local segregat com a element independent.

En qualsevol cas, aquest problema no es produiria a Catalunya perquè es permet la servitud sobre predis dominants i servents del mateix propietari (art. 566.3 CCC).

Ley de Sociedades de Capital

Doctrina y Jurisprudencia

Texto Refundido

NUEVO



Director:

Carlos Vázquez Iruzubieta

El texto de la Ley de Sociedades de Capital está actualizado conforme a la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. La nueva Ley de Sociedades de Capital posibilita varias lecturas. Por una parte, lo más evidente, que consiste en la refundición de normas que no están dispersas en varias leyes, sino que integran dos leyes concretas y autónomas.

Una segunda lectura nos permite apreciar que también hay nuevas disposiciones que pretenden conjugar las normas de leyes diversas en la medida de lo posible, especialmente lo relativo a la esencia de las sociedades

anónimas y limitadas, acomodando las sociedades comanditarias por acciones a los preceptos de las anónimas, salvo el contenido de los pocos artículos que en la refundición se dedican de modo exclusivo a esta especie societaria, que despierta poco interés entre los inversores españoles.

En tercer lugar, se incorporan subespecies de las limitadas, como la unipersonal o las sociedades de nueva empresa, y entre las anónimas, las cotizadas en mercados secundarios oficiales. Y finalmente, la prometedora intención legislativa de concluir en un Código de las Sociedades Mercantiles y, más aún, llegar a un nuevo y necesario Código de Comercio.

Páginas: 956 • Encuadernación: Tapa dura • ISBN: 978-84-8126-771-6

Ressenya de les principals sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya^(*)

Publicades el segon i el tercer trimestre de 2010

Per Victor Esquirol. Notari de El Masnou

LLEGÍTIMA I ASSEGURANÇA DE VIDA

Les primes de les assegurances de vida contractades pel causant són computables per a calcular les llegítimes

Sentència núm. 14/2010, de 7 d'abril (Ponent: José Francisco Valls Gumbau)

Resum: Es planteja si la prima única de l'assegurança Vida Caixa satisfeta pel causant de 89 anys d'edat per import de 1.860.000 euros, a canvi d'una pensió vitalícia i d'un capital per al cas de mort de import similar al de la prima, ho ha estat en frau dels drets legítims i si s'ha de computar o no en el cabal relict. La sentència d'instància qualifica l'assegurança com un contracte que presenta les característiques d'un vitalici sense que hi hagi cap simulació ni es pugui presumir una donació. En canvi, la sentència de l'Audiència Provincial el qualifica com una assegurança de vida, declara que la prima única abonada s'ha de computar en el *relictum* i considera que es va subscriure en frau de drets legítims.

El TSJC confirma la sentència de l'Audiència i conclou que la subscripció del contracte esmentat no té altra explicació que defraudar els possibles drets legítims dels seus fills, amb els que no tenia bona relació. Afirmar que el causant no tenia necessitat de concertar aquest contracte per cobrir les seves necessitats, ni es pot justificar amb els beneficis d'una inversió que li produïa un menor benefici que una simple imposició a termini. També esmenta l'art. 88 de la Llei 50/1980 del Contracte d'Assegurança (LCS), que disposa: "La prestación del asegurador, deberá ser entregada al beneficiario, en

cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro. Unos y otros podrán, sin embargo, exigir al beneficiario el reembolso del importe de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos."

D'una altra banda, continua dient el TSJC que el CS, vigent en el moment de l'obertura de la successió, no diu res sobre la qüestió (com tampoc no ho diu actualment el CCCat), si bé la doctrina considera col·lacionables, com a donació, les primes d'assegurança de vida pagades pel causant, llevat d'assegurances socials o altres de tipus mutualista; i tot i que no s'ha de confondre col·lació amb computació, aplica el mateix règim a aquests efectes.

Comentari: A la pràctica diària els notaris ens plantegem sovint la qüestió del tractament successori de les assegurances de vida en relació a la llegítima, especialment quan es pacten per al cas de defunció del causant i aquest és a més a més el prenedor de l'assegurança, això és, qui el contracta i qui paga la prima de l'assegurança. D'una banda, és evident que la indemnització per l'assegurança de vida és un dret que naix en morir el causant i que no ha format part en cap moment del seu patrimoni, per la qual cosa no s'hauria de computar per a calcular la llegítima. D'altra banda, no és menys cert que l'esmentada indemnització produeix un enriquiment als beneficiaris a esques de l'herència, de tal manera que, malgrat ésser una relació jurídica convinguda pel causant, pot resultar paradoxalment que l'hereu, successor en la personalitat jurídica del causant, resulti menys afavorit per la mort d'aquest que el beneficiari designat en el contracte d'assegurança. Però en definitiva, la voluntat del causant és lliure... excepte en matèria legítima.

(*) El text íntegre de les Sentències es pot consultar a www.poderjudicial.es.



Malgrat que malauradament ni el CS ni el CCCat regulen la qüestió, la doctrina és pràcticament unànime en considerar que la indemnització no forma part del *relictum* a efectes de la computació de la llegítima (ROCA TRIAS, *Instituciones del Dret civil de Catalunya*, 2009, 7a edició, pàg. 558 i 560; JOU, *Comentarios al Código de Sucesiones*, 1996, pàg. 1204; NAVAS, "Assegurança de vida en cas de mort de l'assegurat, composició del cabal hereditari i quantum legitimari", *RCDP*, vol. 4, 2004, pàg. 233; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, pàg. 48). La LCS, apunta també en aquesta direcció en disposar a l'art. 84, 3er que, si no hi hagués beneficiari designat, el capital formarà part del patrimoni del prenedor (per la qual cosa, *a sensu contrario*, si hi ha beneficiari, no en forma part) i a l'art. 88, 1er, que la companyia d'assegurances haurà de lliurar la indemnització al beneficiari *aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos*. La jurisprudència ha optat per la mateixa solució en declarar com a no computable l'import de la indemnització i com a computables les primes de l'assegurança pagades pel causant; així ho declaren, com a més recents, la SAPB de 25 de maig de 2010 i la STSJC que comentem. La doctrina esmentada també considera com a computables les primes de l'assegurança de vida, sense necessitat d'intenció defraudadora.

No obstant, si la indemnització per assegurança de vida tècnica-ment no forma part del *relictum*, en bona tècnica tampoc les primes de l'assegurança no haurien de ser considerades com a integrants seus. Com a màxim haurien d'agregar-se al còmput com a integrants del donatum, això és, de les donacions o liberalitats fetes pel causant en vida i que es computen a efectes del càlcul de la llegítima. Subscriuim a aquest respecte l'opinió de VALLET qui qualifica el contracte de assegurança de vida com un contracte a favor de tercer que implica una donació *mortis causa* indirecta a favor del beneficiari. És donació ja que produeix un empobriment en el patrimoni del prenedor i un enriquiment en el patrimoni del beneficiari; és indirecta ja que utilitza un negoci jurídic de diferent naturalesa que la donació; i és *mortis causa* ja que el beneficiari no adquireix cap dret fins a la mort de l'assegurat, tenint mentre tant una simple expectativa ("Las donaciones *mortis causa* indirectas en el Derecho civil y en el mercantil", en *Estudios sobre donaciones*, Montecorvo, 1978, pàg. 223 i ss.).

Quant a la qüestió de què és el que s'ha de computar, si les primes o la indemnització, VALLET diu: "*El empobrecimiento del estipulante, correlativo en más o menos parte con el enriquecimiento del beneficiario, es el producido en su patrimonio por el pago de las primas. Y éstas, por lo tanto, son lo único que, en buena técnica y perfecta justicia debe considerarse donado por el estipulante a los efectos de su computación para determinar el capital de la sociedad conyugal y para fijar la cifra base del cálculo de las legítimas*" (*op. cit.*, pàg. 239).

Ens hem de plantejar, tanmateix, si no seria més adequat o més equitatiu computar com a *donatum* no les primes, sinó la pròpia indemnització percebuda pel beneficiari. VALLET opina que això seria lògic si apliquéssim en tot el seu rigor les conseqüències de la qualificació de donació *mortis causa*, però que aniria contra el desenvolupament de la institució de l'assegurança de vida ja que el prenedor possiblement deixaria de sotmetre's al sacrifici del pagament de les primes si sabés que els legitimaris distanciat d'ell han de participar del premi dels seus sacrificis (*op. cit.*, pàg. 238).

En la meua opinió, per contra, crec que s'avé millor amb la naturalesa de la llegítima catalana que es computi la indemnització rebuda pel legitimari en lloc de les primes de l'assegurança. La institució de la llegítima a Catalunya no estableix una relació jurídica entre el causant i els seus legitimaris, sinó entre aquests i l'hereu o persona obligada al pagament de la llegítima. El causant pot prescindir totalment de les llegítimes en el seu testament o en el seu contracte successori i fins i tot gravar-les o limitar-les, sense que això afecti en absolut a l'eficàcia de l'esmentat negoci jurídic. El testament continua sent vàlid en cas de preterició intencional de legitimaris (art. 451-16.1) i de desheretament injust (art. 451-21.2) i les limitacions que imposi a la llegítima es tenen per no posades (art. 451-9.1). Els drets de los legitimaris funcionen amb independència del que disposi el causant (a excepció, lògicament, que els hi atribueixi béns en pagament). La llegítima no és, per tant, a Catalunya, una limitació a les facultats dispositives *mortis causa* d'una persona. El que en definitiva intenta evitar la institució de la llegítima és que una o diverses persones rebin molt més que els legitimaris o, potser millor dit, intenta aconseguir que aquests rebin alguna cosa en l'herència dels seus familiars més directes. D'acord amb aquests paràmetres, el legislador català sembla més preocupat per computar i imputar el benefici adquirit pel beneficiari de l'atribució que el cost que aquesta ha representat per al causant. Aquesta conclusió es dedueix del criteri seguit per a valorar els béns objecte de les donacions o altres disposicions computables i imputables, que no és el valor que tenen en el moment de la disposició (cost per al causant) sinó en el moment de l'obertura de la successió (benefici actualitzat); així resulta dels arts. 451-5, c i 451-8.4. Per tant, crec que és més adequat computar la indemnització rebuda pel beneficiari que les primes pagades pel causant.

Aquesta solució és aplicable també a l'assegurança de vida contractada per a assegurar el pagament d'un deute, en què el beneficiari és la persona física o jurídica creditora (malgrat el beneficiari designat en la pòlissa i malgrat la *causa solvendi*, el beneficiari final és l'hereu que es troba alliberat del deute del seu causant) i pels productes financers del tipus dels plans de pensions, en què la quantitat a percebre no s'integra en la massa hereditària. En aquest últim cas, entenc que el que s'ha de computar no és tampoc la quantitat aportada pel causant, sinó la rebuda pel beneficiari amb deducció de l'IRPF suportat per aquest, que ve a ser un diferiment de l'impost a càrrec del causant i que aquest es va desgravar en el seu dia.

Finalment, el fet que la indemnització de l'assegurança de vida sigui computable a efectes del càlcul de la llegítima no s'ha de confondre amb el fet que sigui també imputable a la llegítima. Computació i imputació són operacions contables totalment diferents: la computació serveix per a calcular la llegítima global i és independent de la voluntat del causant, mentre que la imputació s'utilitza per a calcular la llegítima individual a percebre pel legitimari afectat i depèn de la voluntat del causant. Segons la regla general dels arts 451-7.1 i 451-8.1, només s'imputen a la llegítima les atribucions *mortis causa* o *inter vivos* fetes pel causant quan aquest ho ha disposat així (a les donacions, a més a més, amb el consentiment del donatari). Per tant, el caràcter imputable de les indemnitzacions per assegurances de vida requereix un pacte exprés en aquest sentit entre causant i legitimari, la qual cosa no s'acostuma a fer a la pràctica.

TESTAMENT ATORGAT AMB INTIMIDACIÓ

La fe notarial no pot abastar la validesa del consentiment prestat quan aquest és induït prèviament a la seva intervenció mitjançant actuacions il·lícites que no se li posen de manifest

Sentència núm. 15/2010, de 8 d'abril (Ponent: Ma. Eugènia Alegret Burgués)

Resum: Un testament és declarat nul pels tribunals d'instància, que consideren acreditat que s'havia atorgat sota intimidació de la testadora. El TSJC recorda que l'art. 126 CS, aplicable a la successió per la data de defunció de la causant, avui 422-2 CCCat, va incorporar la intimidació greu com a mecanisme per anul·lar un testament o una disposició testamentària. A falta de definició legal de la intimidació, considera com a tal la coacció o força moral que inspira a una persona el temor racional i fonamentat de patir un mal imminent i greu si no accedeix a les pretensions d'una altra, de tal forma que produeix una inhibició de la seva voluntat i l'exteriorització d'una altra de diferent; i per a qualificar-la com a greu s'ha de tenir en compte l'edat i la condició de la persona intimidada. En aquest cas, la testadora era una senyora d'avançada edat i vivia en companyia de la seva filla, que era la que va exercir la intimidació; per tant, considera que la intimidació és greu i confirma no només la nul·litat del testament sinó també la indignitat successòria de la filla, en base a l'art. 11.4 CS. En relació a l'actuació del notari autoritzant del testament, declara que la fe notarial es refereix a la capacitat de la testadora, però no pot abastar la validesa del consentiment prestat quan aquest és induït prèviament mitjançant actuacions il·lícites que no se li posen de manifest, i que no té per què conèixer ni presumir quan ignora el context de la situació familiar de la testadora.

Comentari: Aquesta sentència toca un tema que tradicionalment ens ha preocupat molt a la pràctica notarial: la formació de la voluntat del testador, especialment quan aquest té una edat avançada i quan la persona sospitosa d'exercir una influència negativa a la seva voluntat és el seu cuidador, sigui familiar o no. I jo diria que ens preocupa fins i tot més que l'apreciació de la capacitat, perquè és més difícil de veure.

La sentència que comentem exculpa al notari perquè considera que no té per què conèixer les circumstàncies sota les quals es forma la voluntat de la testadora. Però que el notari hagi salvat la seva responsabilitat no ens ha de tranquil·litzar, perquè el notari ha de denegar l'autorització del testament si veu indicis clars d'intimidació. I en el cas que ens ocupa, si és cert el que la sentència declara provat, d'intimidació n'hi havia. M'hagués agradat demanar la versió del notari, però la sentència no el cita (només es pot deduir que és un notari que exercia a Barcelona ciutat l'any 2002) i, d'altra banda, va declarar en el procés que no recordava les circumstàncies de la seva intervenció.

Els fets que la sentència declara provats són els següents: la testadora, de 97 anys d'edat, està ingressada en una clínica, on es presenten la seva filla, el marit d'aquesta i un notari; el marit i el notari passen a una saleta contigua i la filla entra a l'habitació de la testadora, on va romanent durant més de vint minuts; el notari li diu al gendre que se'n té que anar; el gendre li diu que esperi i entra a l'habitació; es senten "veus pujades de to"; el gendre surt de l'habi-

tació i avisa al notari que ja pot entrar. Sembla que la filla es queda a l'habitació mentre s'atorga el testament. En el testament es declara a la filla com a hereva única, en perjudici del seu germà.

És evident que el notari no ha de fer de detectiu. Però entre la recerca detectivesca i la despreocupació, hi ha un terme mig. No oblidem l'art. 193.3 RN: "*Los notarios darán fe de que los comparecientes han prestado su libre consentimiento al contenido del instrumento*". Potser la paraula "*libre*" és una mica excessiva si la interpretem en un sentit ampli ja que, com bé diu la sentència, les pressions sobre l'atorgant poden escapar al control del notari, per estar produïdes amb anterioritat a la seva intervenció. Crec que una interpretació correcta del precepte és que el notari ha de comprovar que no existeixen indicis que afectin a la formació de voluntat dels compareixents; una altra cosa el notari no la pot assegurar.

Si són certs els fets exposats, crec que el notari no va actuar correctament. Els 97 anys de la testadora, que no acut al notari, sinó que el notari és requerit a anar a trobar-la a la clínica, a instància d'una filla que és la beneficiària en perjudici d'una altra persona que no està present, la llarga espera del notari, la intervenció del gendre, les veus pujades de to, la presència de la beneficiària en la lectura del testament... hi ha masses indicis. El notari hagués tingut que denegar la seva intervenció.

Pel que fa als efectes de la intimidació, el TSJC i els tribunals d'instància declaren nul el testament atorgat amb intimidació, en consonància amb l'art. 126.3 CS, en comptes de declarar nul·la la institució d'hereu conforme a l'art. 126.4. I ho fa encertadament ja que la intimidació, en el cas que ens ocupa, afecta la voluntat d'atorgar el testament, que de no existir no s'hagués atorgat. Així mateix declaren eficaç l'anterior testament, tot i que en el CS no hi ha una norma equivalent a l'actual art. 422-4 CCCat. I també encerten al meu entendre ja que al procés va quedar demostrat que el testament anterior era el que recollia la veritable voluntat de la causant, testament que ja havia atorgat a esqueses de la seva filla, que li havia forçat a fer un testament encara anterior.

COMPRAVENDA A CARTA DE GRÀCIA

La compravenda a carta de gràcia és vàlida si no es demostra que encobreix un préstec amb garantia de la finca venuda

Sentència núm. 18/2010, de 13 de maig (Ponent: Núria Bassols i Muntada)

Resum: Es planteja, entre altres qüestions de menys interès, si una compravenda amb pacte de retrovenda és nul·la per simulació d'un préstec amb pacte comissori.

El TSJC declara la validesa del contracte, que encaixa en la figura de la venda a carta de gràcia o empenyorament, regulada als arts. 326 i ss. de la CDCC. Accepta que si es demostrés que la finalitat de la transmissió fos la de servir de garantia a un préstec concedit pel venedor al comprador, la venda seria nul·la, i que la càrrega de la prova correspon a qui pretén la invalidesa del contracte, però recorda la reiterada doctrina jurisprudencial que estableix que la interpretació



dels negocis jurídics és funció privativa del Tribunal d'instància, el criteri del qual s'ha de mantenir en cassació, a menys que la interpretació d'aquell sigui desorbitada o arbitrària.

Comentari: En el mateix sentit ROCA TRIAS (Institucions del Dret civil de Catalunya, vol. I, 4a edició, pàg. 177), exigeix per què la compra-venda a carta de gràcia pugui ser declarada nul·la, que es provi la vulneració del principi de prohibició del pacte comissori.

SEPARACIÓ DE BÉNS: PRESUMPCIÓ DE DONACIÓ ENTRE CÒNJUGES.

Si un dels cònjuges casats en el règim legal de separació de béns adquireix un immoble amb diners del seu consort, és presumeix que aquest li ha fet donació dels diners. La presumpció és iuris tantum i només es pot desvirtuar si s'acredita l'existència d'un negoci fiduciari o un pacte reversional

Sentència núm. 23/2010, de 7 de juny (Ponent: José Francisco Valls Gombau)

Es declara provat que una persona havia adquirit un immoble i l'havia escripturat a nom de la seva dona, amb qui estava casat en règim legal de separació de béns. Posteriorment, el marit al·lega l'existència d'un negoci fiduciari afectat per simulació relativa, demana la nul·litat del contracte de compravenda i que se'l declari com a propietari únic de l'immoble.

El TSJC declara que "un cop demostrada la titularitat del bé per un dels cònjuges realitzat en adquisició onerosa durant el matrimoni, el bé esmentat forma part del seu patrimoni, conforme al que disposa l'art. 39 CF". Aquest precepte diu: "En les adquisicions fetes per títol oneros per un dels cònjuges durant el matrimoni, si consta la titularitat dels béns, la contraprestació s'entén pagada amb diner de l'adquirent. En el cas que la contraprestació procedeixi de l'altre cònjuge, se'n presumeix la donació."

El TSJC considera que la presumpció de donació és de caràcter iuris tantum, per la qual cosa es pot desvirtuar per prova en contrari, a càrrec de qui pretén la nul·litat, acreditant la fidúcia al·legada o un pacte reversional, la qual cosa no ha succeït en el cas que ens ocupa.

DictaLaw®

USTED HABLA Y EL ORDENADOR LO TRANSCRIBE TODO



El primer y único sistema integrado de reconocimiento de voz para juristas

Con **DictaLaw** multiplicará por cuatro su productividad frente al uso del teclado, por no hablar de su comodidad y facilidad de uso.

La incorporación de un extenso vocabulario jurídico en castellano y latín así como un conjunto de herramientas de lenguaje natural son la clave de la extraordinaria precisión de **DictaLaw**.

Hablar y escribir ahora es lo mismo.

DictaLaw. Dígalo por escrito.

Solicite ahora más información sin compromiso llamando al **902 250 500** o en **www.dictalaw.es**



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

Resolucions

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat contra qualificacions de la propietat i mercantils

Publicades en el tercer trimestre de 2010

Per Fernando Agustín Bonaga. Notari de Calataiud

ANOTACIÓ PREVENTIVA

A) En general

Resolució de 4 de juny de 2010 (BOE 192, de 9 d'agost de 2010: 12805)

Incorpora la doctrina de les resolucions de 19 de setembre de 2008 i 13 de maig de 2008, sobre vigència d'anotacions preventives després de la LEC-2000. Hi ha tres possibles situacions:

- Anotacions sol·licitades després de l'entrada en vigor de la LEC-2000: caduquen als 4 anys, però són susceptibles de pròrroques successives (art. 86 LH redactat per la LEC 2000).
- Anotacions practicades abans de la vigència de la LEC-2000: mateix règim.
- Anotacions prorrogades en virtut del manament presentat abans de l'entrada en vigor de la LEC-2000. Hi fa referència la Instrucció DGRN, de 12 de desembre de 2000, que els aplica transitòriament l'article 199-2 RH, tàcitament derogat després de la nova LEC: queden indefinidament prorrogades fins a la fermesa de la resolució judicial que posi fi al procediment. L'anotació no caduca automàticament en el moment de la fermesa, sinó que només es pot sol·licitar la cancel·lació als 6 mesos des de l'emissió de la resolució ferma (per analogia amb l'art. 157 LH), per donar temps a l'anotant a presentar abans que l'anotat pogués realitzar alienacions a tercers. [És doctrina constant, que només va

ser abandonada per una resolució aïllada (de 21 de juliol de 2005)].

B) De crèdit refaccionari

Resolucions de 17 de maig de 2010 (BOE 162, 5 de juliol de 2010: 10657) i de 20 de maig de 2010 (BOE 177, 22 de juliol de 2010: 11697)

Deneguen la pràctica de les anotacions preteses ja que no es considera refaccionari el crèdit que neix de l'aportació de diners realitzada per un cooperativista a una cooperativa d'habitatges, en què després fou baixa, de manera que els diners aportats es van destinar a la compra dels terrenys on s'havien de construir els habitatges.

En el nostre dret no hi ha una definició de crèdit refaccionari, sinó normes que en regulen la preferència (article 1923 Cc, Llei d'Hipoteca Naval, Llei Concursal) i la possibilitat d'anotar-lo preventivament en el Registre de la Propietat (art. 59 LH). Per la jurisprudència més recent del Tribunal Suprem (sentència de 21 de juliol de 2000) es tracta del crèdit que neix de qualsevol contracte (no necessàriament préstec) que impliqui un avançament de diners, material o treball per part del contractista al propietari, per a la construcció, reparació, conservació o millora d'un immoble.

El crèdit d'aquests supòsits no és refaccionari, ja que no augmenta el valor del bé, perquè les finques continuen sent rústiques i encara no els hi consta declaració d'obra. És un dret de reemborsament sense la preferència que atorga la refacció davant els altres creditors socials, ja que el cooperativista



que és baixa respon, fins a l'import reemborsat, dels deutes socials durant els cinc anys següents (art. 15-4 Llei de Cooperatives). El TS la considera acció personal enquadrada en l'article 1964 Cc sobre prescripció d'accions personals sense termini especial.

C) De demanda

Resolució d'11 de maig de 2010 (BOE 172, 16 de juliol de 2010: 11386)

En el seu moment es va practicar anotació de demanda d'elevació a públic de document privat, que es va prorrogar abans de la LEC-2000. Es va dictar sentència estimatòria de la demanda que, després de recursos, va esdevenir ferma. Contra la sentència d'execució es va recórrer novament, i es va arribar a la cassació.

Transcorreguts més de 6 mesos des de la sentència de cassació en fase d'execució, el recurrent pretén la cancel·lació de l'anotació, per aplicació analògica de l'article 157 LH (possibilitat admesa respecte a les anotacions d'embargament; v. gr. resolució de 20 de desembre de 2005). La Direcció ho rebutja, perquè el recurs de cassació contra la sentència d'execució té per finalitat garantir la integritat de la sentència declarativa, però no suposa necessàriament la fi del procediment executiu (tal com succeeix en el supòsit resolt, en què la sentència de cassació en fase executiva es limita a considerar insuficient el manament judicial que supleix la voluntat del demandat i exigeix escriptura pública).

Resolució de 16 d'agost de 2010 (BOE 234, 27 de setembre de 2010: 14794)

En el seu moment es va signar un contracte de cessió a canvi d'obra futura, garantida amb condició resolutòria, sobre una finca que posteriorment el cessionari va aportar a una reparcel·lació urbanística, i es va traslladar la condició resolutòria a les finques resultants adjudicades al cessionari, però no a les adjudicades a l'ajuntament i a d'altres propietaris minoritaris. Sobre aquestes finques es demana ara també anotació preventiva de demanda per incompliment de la condició. La Direcció denega l'anotació per infracció del principi de tracte successiu, pel fet de no haver intervingut els titulars en el procediment. A més, la subrogació real *ope legis* amb trasllat de les càrregues de les finques d'origen a les de resultat, no opera sobre les finques de cessió obligatòria al municipi (art. 124 del reglament de gestió urbanística).

D) De prohibició de disposar

Resolució de 8 de juliol de 2010 (BOE 222, 13 de setembre de 2010: 14079)

Declara inscriptible una escriptura atorgada l'any 2004 per la qual es van aportar dues finques a la constitució d'una societat limitada, tot i ser presentada en el Registre quan ja constaven anotades dues prohibicions de disposar judicials de 2005 i 2008. L'article 145 RH disposa que aquest tipus d'anotació impedeix inscriure actes dispositius posteriors, però no és obstacle per a inscripcions basades en assentaments anteriors al de domini objecte de l'anotació. La Direcció ha interpretat aquest article (vigent des de 1947):

- Per resolucions de 7 d'abril, 8 d'abril i 18 d'abril de 2005, la Direcció va declarar que el tancament registral resultant de l'article

145 RH es restringeix als actes dispositius posteriors a l'anotació, però no als anteriors.

- Contràriament, la Resolució de 28 de novembre de 2008 (BOE 7, 8-I-09: 344) va entendre que la prohibició de disposar inscrita tanca el Registre als actes dispositius no només posteriors, sinó també als anteriors no inscrits (per a aquest pronunciament potser va ser determinant el fet de concórrer un motiu d'ordre o interès públic rellevant, ja que la prohibició havia estat decretada en expedient administratiu de disciplina urbanística).
- La Direcció opta ara per una solució eclèctica: l'article 145 RH no impedeix la inscripció d'actes dispositius anteriors a l'anotació de prohibició; però aquesta inscripció no implica la cancel·lació de l'anotació, sinó que aquesta s'arrossegarà, de manera que correspondrà al titular l'adquisició del qual hagi estat inscrita després de l'anotació demanar-ne l'aixecament, tal i com succeeix amb les anotacions d'embargament a través de les terceries de domini. Aquest també va ser el criteri de la Resolució de 3 de juny de 2009 (BOE 155, 27-VI-09: 10607), que va declarar inscriptible una venda realitzada abans de la declaració del concurs de creditors de la societat venedora i de l'anotació, i que presenta una gran analogia amb la resolució actual, ja que ambdues anotacions (de declaració de concurs i de prohibició de disposar) tenen igual efecte: suspendre o restringir facultats dispositives.

ARRENDAMENT

La SAP Alacant (6a), de 14 de gener de 2008, publicada per resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12928) anul·la aquesta Resolució:

Resolució de 22 d'abril de 2006 (BOE 143, 16-VI-06: 10793). Confirma el criteri del TS (sentències de 30 de març de 1987, 28 de març de 1990 i 19 de setembre de 1997). Per a la inscripció d'un arrendament d'un immoble que pertany a diferents copropietaris no fa falta unanimitat sinó només majoria, tret que l'arrendament, per la durada o altres estipulacions concretes, excedeixi la mera administració i pogués considerar-se com un acte de disposició o gravamen. Així, el TS exigeix unanimitat en arrendament rústic de més de 6 anys.

CANCEL·LACIÓ D'ASSENTAMENTS

Resolució de 19 de juliol de 2010 (BOE 227, 18 de setembre de 2010: 14360)

Denega la cancel·lació d'una inscripció d'adjudicació en procediment d'execució hipotecària, pretesa per omissió del tràmit d'audiència i incongruència en el mandat judicial. Els assentaments ja practicats estan sota la salvaguarda dels tribunals, i només es poden cancel·lar o modificar amb el consentiment de tots els titulars registrals o per sentència recaiguda en judici contra aquests (art. 40 LH).

Resolució de 20 de juliol de 2010 (BOE 227, 18 de setembre de 2010: 14361)

Denega la inscripció d'un manament de cancel·lació de càrregues posteriors dictat en procediment de constrenyiment, atès que estava l'anotació d'embargament cancel·lada per caducitat. Les càr-

regues que eren posteriors a l'expedició de la certificació de càrregues, com a conseqüència de la cancel·lació de l'anotació d'embargament, han passat a ser preferents.

Resolució de 14 de juliol de 2010 (BOE 228, 20 de setembre de 2010: 14428)

Als efectes de la cancel·lació per caducitat ex article 82-5 LH, recull la doctrina de la STS de 31 de gener de 2001: el termini de prescripció de l'acció derivada de la condició resolutòria explícita en la venda d'immobles és el propi de les accions personals sense termini especial (15 anys a l'article 1964 del Codi civil; 30 anys a Navarra; i a Catalunya, transitòriament, ja que la Llei 29/2002 ho redueix a 10 anys).

CONCURS I INSOLVÈNCIA

Resolució de 7 de juny de 2010 (BOE 192, 9 d'agost de 2010: 12806)

Anotada al Registre la declaració de concurs, no es poden anotar més embargaments posteriors que els acordats pel jutge concursal (art. 24-2 de la Llei Concursal). Ara bé, l'article 55-1 permet continuar els procediments administratius d'execució que ja tinguessin providència de constrenyiment i les execucions laborals on ja s'haguessin embargat béns, tot això abans de la declaració de concurs, sempre que els béns embargats no resultin necessaris per a la continuïtat de l'activitat professional o empresarial del deutor, una qüestió d'apreciació judicial a la qual no s'estén la qualificació registral i respecte la qual l'administració actuant (la Tresoreria de la Seguretat Social en el cas resolt) només pot demanar a l'òrgan judicial que es pronunciï, de manera que aquesta Administració recuperarà les seves facultats d'execució si la decisió és negativa, i perdrà la seva competència si és positiva (Sentència 5, de 22 juny 2009, de la Sala de Conflictes de Jurisdicció i Competència del TS).

Resolució de 8 de juny de 2010 (BOE 192, 9 d'agost de 2010: 12807)

Declara inscriptible una escriptura de compravenda de finca pertanyent a una societat declarada en concurs voluntari, atorgada amb la intervenció i la conformitat dels administradors concursals, que manifesten que no és necessària l'autorització judicial perquè es tracta d'un acte inherent a la continuació de l'activitat professional o empresarial del deutor (possibilitat admesa per l'article 43-3 de la Llei Concursal).

La Direcció no considera rellevant l'argument –utilitzat pel registrador– que els administradors mateixos van considerar necessària l'autorització judicial, ja que de fet la van obtenir, si bé el que es va incorporar a l'escriptura va ser una còpia sense la firma del jutge, quan l'exigència de titulació pública de l'article 3 LH fa necessari aportar testimoni subscrit pel secretari.

Resolució d'11 de juny de 2010 (BOE 192, 9 d'agost de 2010: 12810)

Declara inscriptibles en el Registre de la Propietat dues resolucions judicials angleses per les quals es declara l'obertura dels corresponents procediments concursals contra dues nacionals angleses.

La contradicció que, en matèria de reconeixement de resolucions concursals estrangeres, existeix entre la Llei Concursal espanyola (l'article 220 exigeix un procediment d'exequàtur) i el Reglament CE 44/2001 (l'article 16 imposa el reconeixement automàtic sobre la base del "principi de confiança comunitària"), ha de resoldre's a favor del segon en els supòsits en què, com el de la resolució, concorren els seus pressupostos d'aplicació (qüestió inclosa en el control registral): que la resolució procedeixi d'un estat membre, menys Dinamarca; que les autoritats d'aquest estat haguessin basat la seva competència en les regles del propi reglament; que la resolució s'inclouï dins de l'àmbit material del reglament; que els seus efectes no siguin manifestament contraris a l'ordre públic espanyol; que no existeixi limitació a la llibertat personal o al secret postal.

La SAP Badajoz (2a), de 26 de febrer de 2008, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12923) anul·la aquesta resolució:

Resolució de 7 d'abril de 2006 (BOE 127, 29-V-06: 9421). Confirma la doctrina de la STS de 10 de juny de 1997. L'aprovació del conveni concursal amb els creditors posa fi a l'expedient de suspensió de pagaments, amb la conseqüència que el deutor recobra novament la plena llibertat d'actuació, tret que en el conveni pactat se li hagués imposat alguna limitació —la qual serà sempre d'interpretació estricta— com per exemple: que faci falta el consentiment de la comissió interventora (Resolució de 21 d'agost de 1993); o que s'hagi cedit a la comissió de creditors l'administració i liquidació dels béns (Resolució de 23 d'agost de 1993).

CONDICIÓ

A) Suspensiva

Resolució de 12 de maig de 2010 (BOE 173, 17 de juliol de 2010: 11476)

Admet la inscripció d'una escriptura de compravenda el perfeccionament de la qual queda subjecte a la condició suspensiva que el comprador, en el termini de 18 mesos des de l'atorgament, obtingui, o bé el consentiment del creditor hipotecari per a la subrogació en el préstec que grava la finca, o bé el finançament de qualsevol entitat financera.

La Direcció recapitula doctrina consolidada. En el nostre Dret, no només és possible la constitució de nous drets reals (Resolució de 4 de maig de 2009), sinó també l'alteració del contingut típic i subjectar aquests drets a condició, termini o manera. En cas de condició, s'han de distingir dos moments: en fase de disputa, el Registre publicarà una titularitat actual i una altra d'expectant, de manera que la inscripció d'actes dispositius sobre el domini requerirà l'actuació conjunta d'ambdós titulars; en fase de compliment o incompliment, s'extingeix una de les dues titularitats i es consolida l'altra, de manera que la inscripció d'actes dispositius atorgats només per un requerirà acreditar que el desenvolupament de la condició es va realitzar al seu favor (resolucions de 16 d'octubre de 1991 i 12 de juny de 1999). No hi ha obstacle per inscriure una transmissió subjecta a condició suspensiva, sempre que es fixi un termini en què aquesta s'hagi de considerar complerta o incomplerta, a fi d'evitar situacions permanents de disputa (Resolució de 22 de juliol de 2004).



La condició del supòsit és vàlida (segons la interpretació restrictiva que el TS fa de l'article 1115 Cc), perquè no és purament potestativa, sinó simplement potestativa, ja que la subrogació o obtenció de finançament no depèn del simple arbitri de l'obligat. Té la seva causa justificativa en l'actual situació socioeconòmica: la disminució del preu dels immobles produeix per al venedor major risc de ser requerit de pagament per obligació personal en cas que el creditor no consenti la subrogació en els termes de l'art. 118 LH. No estem davant un pacte comissori. El pacte de reserva de domini és vàlid i lícit.

B) Resolutòria

Resolució de 9 de juny de 2010 (BOE 192, 9 d'agost de 2010: 12808)

Denega la reinscripció a nom del venedor d'una finca que va ser venuda amb condició resolutòria ex article 1504 Cc, que es pretén en virtut d'acta de notificació al comprador en la qual consta també l'assentiment d'aquest perquè el venedor resolgui i faci seves les quantitats lliurades.

La Direcció no considera aplicable en aquest cas la seva doctrina (ex.: Resolució de 23 de març de 2010, resumida en matèria de cancel·lació d'hipoteques) sobre exigència del consentiment dels titulars amb dret inscrit posterior a la condició resolutòria —o subsidiària declaració judicial—, que es refereix només als casos en què s'altera l'efecte resolutori, per exemple anticipant-lo amb la conformitat del titular del dret resoluble, la qual cosa podria suposar una renúncia inadmissible per perjudicar a tercers (art. 6-2 Cc). En el supòsit resolt, no s'anticipa la resolució. És cert que es presenta un manament judicial d'embargament, però després de la presentació de l'acta, i tot i que és doctrina consolidada que el registrador pot i ha de prendre en consideració documents pendents de despatx tot i que hagin estat presentats amb posterioritat per tal d'aconseguir major encert en la qualificació i evitar assentaments inútils (ex.: Resolució de 24 d'octubre de 2005), això mai no pot desnaturalitzar el principi de prioritat.

La reinscripció pretesa es denega per manca d'un dels requisits exigits reiteradament per la direcció (ex.: Resolució de 19 de juny de 2007): a banda d'aportar el títol del venedor i la notificació judicial o notarial, s'ha de presentar el resguard de consignació en banc o caixa oficial de l'import que s'hagi de retornar a l'adquirent o que correspongui, per subrogació real, als titulars de drets extingits per la resolució, tenint a més en compte que no és possible cap deducció, tot i que s'hagués establert clàusula penal o s'hagués pactat una altra cosa en l'escriptura, ja que pot tenir lloc la correcció judicial prescrita en l'art. 1154 Cc.

DOCUMENTS JUDICIALS

Resolució de 3 de juny de 2010 (BOE 192, 9 d'agost de 2010: 12804)

Denega la inscripció d'un manament judicial recaigut en procediment d'elevació a públic de document privat que, considerant emesa la declaració de voluntat de venda a favor dels hereus del comprador, ordena la inscripció a nom seu de la finca venuda, que se segrega d'una finca registral. Existeixen dos defectes:

- Per practicar la segregació és necessari inscriure prèviament un excés de cabuda. Si bé la Direcció té declarat que es pot acordar la inscripció d'un excés de cabuda en un procediment declaratiu, fa falta complir els requisits dels procediments especials de la legislació hipotecària. Aquí falta la citació als límits dels articles 200 i 201 LH.
- No es pot inscriure directament el manament, sinó que fa falta escriptura pública. Quan una resolució judicial condemni a emetre una declaració de voluntat, transcorreguts 20 dies sense que el condemnat ho faci, el tribunal emetrà una interlocutòria considerant emesa la declaració si estiguessin predeterminats els elements essencials del negoci (art. 708 LEC). Així, només serà directament inscriptible la interlocutòria quan es tracti d'interlocutòries unilaterals (exercici d'opció, cancel·lació...). En la resta de casos, l'únic que fa la LEC és permetre al demandant atorgar l'escriptura per ell mateix, sense necessitat que comparegui el jutge.

Resolució de 15 de juny de 2010 (BOE 192, 9 d'agost de 2010: 12812)

Denega la inscripció d'un testimoni d'interlocutòria judicial, en la part dispositiva de la qual desestima l'oposició a l'execució d'un títol judicial, però que no es refereix a cap finca registral, ni sol·licita cap operació registral, ni determina els actes o drets la inscripció dels quals s'hagi de practicar.

La SAP Las Palmas (5a), de 10 d'octubre de 2008, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12931) anul·la la Resolució de 27 d'abril de 2006. La SAP Las Palmas (5a), de 29 d'octubre de 2009, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12942) anul·la la Resolució de 28 d'abril de 2006.

Ambdues resolucions anul·lades són semblants. La Direcció admet la inscripció de totes dues interlocutòries recaigudes en expedient de domini per al restabliment del tracte, tot i que al titular de l'última inscripció inferior a 30 anys se li va notificar una única vegada (en lloc de les tres exigides legalment). Perquè entén que la qualificació del registrador s'ha de limitar a apreciar el fet que qui apareix protegit pel Registre ha estat citat en el procediment, independentment de la manera en què s'hagi complimentat aquesta citació. La manca de citació l'ha de denunciar el registrador, però li correspon al jutge apreciar la forma en què es realitza la citació.

Resolució de 15 de juliol de 2010 (BOE 234, 27 de setembre de 2010: 14793)

Rebutja la inscripció d'una sentència declarativa de domini a favor del demandant en una terceria de domini, per diversos defectes: no consta la seva fermesa; es presenta només la sentència d'apel·lació, però fa falta aportar també la de primera instància, que és on consta el contingut de la resolució inscriptible; com que es tracta de finques de guanys, s'hauria d'haver demandat també als hereus del cònjuge cotitular, així com al titular d'una anotació preventiva de dret hereditari; manca d'expressió en la sentència del títol material pel qual va adquirir el demandant; manca de circumstàncies personals de l'actor exigides per la legislació hipotecària; figuren ja cancel·lades per caducitat les anotacions la cancel·lació de les quals es pretén.

Resolució de 16 de juliol de 2010 (BOE 227, 18 de setembre de 2010: 14359)

Denega la inscripció d'una sentència ferma que anul·la una llicència d'obres, perquè el titular registral actual no ha tingut part en el procediment, ni en el seu moment es va anotar preventivament la demanda. No procedeix ni la inscripció de la sentència com a tal, ni la nota marginal de declaració d'il·legalitat que preveu l'art. 75 de RD 1093/1997.

Resolució de 27 de juliol de 2010 (BOE 228, 20 de setembre de 2010: 14429); Resolució de 19 d'agost de 2010 (BOE 234, 27 de setembre de 2010: 14795) i Resolució de 20 d'agost de 2010 (BOE 234, 27 de setembre de 2010: 14796)

Incorporen la mateixa doctrina. Per complir amb el principi de tracte successiu, la demanda s'ha de dirigir contra el titular registral. Si aquest ha finat, és necessari acreditar la data de la seva mort (art. 166-1 RH). Només s'haurà de nomenar un administrador judicial de l'herència jacent si no es coneix el testament del causant, no hi haguessin parents amb dret a la successió per ministeri de la llei, i la demanda fos genèrica als possibles hereus del titular registral; però no quan el jutge hagi considerat suficientment la legitimació passiva de l'herència jacent.

ELEVACIÓ A PÚBLIC DE DOCUMENT PRIVAT

Resolució de 2 de juny de 2010 (BOE 192, 9 d'agost de 2010: 12803)

Denega la inscripció d'una escriptura (de 2007) d'elevació a públic d'un document privat de compravenda (de 2003), pels motius següents:

- Mort el venedor, l'escriptura és atorgada pels seus hereus, però un d'ells és incapaç i és representat pel seu tutor, qui al seu torn és un dels compradors. En el document privat es va deixar ajornada la major part del preu, però que en l'escriptura es declara íntegrament percebut. És cert que civilment la venda es va perfeccionar al temps d'atorgar el document privat i que llavors no hi va haver conflicte d'interessos. Però, a efectes registrals, la data del negoci inscripció és la de l'escriptura. Resulta d'aquestes consideracions: la fefaència de l'article 1227 Cc es refereix només a la data, però no al contingut; només són inscripcions els títols públics (art. 3 LH); la carta de pagament total suposa una renúncia de drets o crèdits del tutelat contra el tutor-comprador, que exigeix autorització judicial actual.
- No és suficient que l'escriptura estigui atorgada i els compradors manifestin ser veïns de Catalunya i tenir règim de separació de béns, sinó que s'ha d'especificar si és el convencional o el legal supletori (art. 159 RN, resolucions de 15 de juny de 2009 i 5 de març de 2010).
- S'ha de determinar la participació concreta que adquireix cada cònjuge comprador, ja que les compres en separació de béns creen un proindivís per quotes al qual se li aplica l'art. 54 RH.
- S'han d'acreditar els mitjans de pagament de les quantitats que es declaren cobrades en el moment d'atorgar l'escriptura,

tot i que la venda s'hagués perfeccionat amb el document privat. L'art. 177 RN no té per objecte regular la forma dels pagaments, sinó la forma de la seva constància en els instruments públics, per tant, les successives redaccions que s'hi donin seran d'aplicació en els documents atorgats durant els seus respectius períodes de vigència, tot i que els pagaments haguessin estat anteriors (Resolució de 5 de setembre de 2009).

Resolució de 10 de juny de 2010 (BOE 192, 9 d'agost de 2010: 12809)

Denega la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic de document privat de compravenda d'un habitatge que pertany a una divisió horitzontal, perquè considera raonables els dubtes del registrador pel que fa a la identitat de la finca. En efecte, entre l'escriptura i el registre, hi ha diferències sobre la superfície, la quota de participació i els límits, que ni s'acrediten (el certificat cadastral que s'aporta només justifica el canvi de denominació de la via pública on està l'edifici), ni es compleixen les exigències legals de modificació del títol constitutiu de la propietat horitzontal. Per tal que un títol pugui inscriure's fa falta que la descripció de la finca que conté permeti apreciar indubtablement la identitat entre el bé inscrit i el transmès (Resolució d'11 d'octubre de 2005).

Resolució de 14 de juny de 2010 (BOE 192, 9 d'agost de 2010: 12811)

Denega la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'un contracte de promesa de compravenda i cessió de drets d'usdefruit i retracte, pels següents defectes:

- No especifica ni descriu les finques afectades. L'accés al registre de títols exigeix que continguin una descripció de la finca que permeti apreciar sense cap tipus de dubte la identitat entre el bé inscrit i el transmès (Resolució d'11 d'octubre de 2005). No és admissible suplir aquesta omisió mitjançant inscripció privada, ja que com es tracta d'un extrem essencial, fa falta el consentiment dels interessats mitjançant un nou atorgament.
- No està inscrit el títol de qui apareix com a transmetent (principi de tracte successiu, ex art. 20 LH). No és possible l'argument que l'atorgant posseeix una participació majoritària en la societat titular, perquè la representació d'una societat no correspon als socis, sinó als seus administradors o als seus apoderats (i en aquest cas, ni s'invoca cap poder, ni es compleixen per tant les exigències sobre judici de suficiència de facultats representatives per part del notari).
- Existeix indeterminació pel que fa a l'objecte, duració i contingut de la cessió de retracte. Tot i que el nostre sistema és el de *numerus apertus* de drets reals (arts. 2 LH i 7 RH), sempre s'han de respectar les característiques estructurals típiques dels drets reals (generalitat, immediatesa, absolutivitat), la qual cosa exigeix determinar el contingut concret del dret.



HIPOTECA

La sentència del Jutjat 1a Inst. 4 de Girona, de 3 de juliol de 2008, publicada per resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12936) anul·la aquesta resolució:

Resolució de 4 de març de 2005. Declara inscriptible una escriptura d'hipoteca de màxim que assegura al fiador d'un préstec el reemborsament de la quantitat que en el seu cas hagin de pagar com a tal. El registrador entén que la mateixa obligació no es pot garantir amb dues hipoteques. Però és cert que la fiança és una obligació diferent a l'obligació principal. A més de la possibilitat de subrogar-se en la posició del creditor, al fiador solvent pot també convenir-li executar la hipoteca.

La SAP Ciudad Real (2a), de 16 d'abril de 2008, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12938) anul·la aquesta resolució:

Resolució de 2 de desembre de 2006. El registrador va entendre que en una hipoteca de màxim en garantia d'un crèdit en compte corrent no es pot pactar que la manca de pagament d'interessos sigui una causa de venciment anticipat, sinó que aquests interessos impagats s'han de carregar com una partida més al compte. Contràriament, la Direcció entén que no hi ha obstacle per tal que els contractants, en ús de la llibertat de l'art. 1255 Cc, puguin pactar causes de venciment anticipat que garanteixin al creditor l'eficàcia del seu crèdit.

La SAP Barcelona (16a), de 17 de juny de 2008, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12940) anul·la aquestes resolucions:

Resolucions de 2 de setembre i 3 de setembre de 2005. L'anul·lació és parcial i es refereix al següent pacte (que la Direcció havia admès): en un crèdit garantit amb hipoteca es pacta una ampliació de la responsabilitat hipotecària subjecta a la condició suspensiva que un tram de crèdit no hagi estat amortitzat abans d'una data determinada (dos mesos anterior a l'establerta per a l'amortització obligatòria del crèdit).

INFORMACIÓ REGISTRAL

Resolució de 29 de juliol de 2010 (BOE 195, 12 d'agost de 2010: 13064)

Una advocada sol·licita al Registre Mercantil tres certificacions parcials de l'historial de les respectives societats, i fonamenta l'interès del seu client en investigar jurídicament els béns de guanys del seu matrimoni, a l'objecte de la seva presentació al Jutjat. El registrador denega l'expedició per manca d'interès legítim (cita la Resolució d'11 de setembre de 2009) i per infracció de la LOPDP. Contràriament, la Direcció entén que no procedeix una denegació genèrica i matisa els dos arguments del registrador:

- Pel que fa a l'interès que dóna dret a accedir al Registre, ha de ser directe (de no ser així, s'ha d'acreditar l'encàrrec), conegut (és a dir, acreditat, tret dels casos d'autoritats o funcionaris d'interès dels quals es presumeix per l'article 221-2 LH), legítim (no contrari al dret) i patrimonial (el sol·licitant té o espera tenir una relació

patrimonial per a la qual és rellevant la informació). En el Registre de la Propietat, l'interès ha de provar-se a satisfacció del registrador, sota la seva responsabilitat, d'acord amb el sentit i funció de la institució registral. Però en el Registre Mercantil, l'interès del sol·licitant es presumeix en nom de la transparència i agilitat del mercat (art. 12 RRM: "el Registre Mercantil és públic").

- Pel que fa a la protecció de dades personals, entén la Direcció (sobre la base de la STC de 20 de novembre de 2000) que les dades sensibles de caràcter personal o patrimonial només podran ser objecte de publicitat per als fins propis de la institució registral. Aquests fins, segons Instrucció DGRN, de 17 de febrer de 1998, són la investigació jurídica, patrimonial i econòmica encaminada a la contractació o a la interposició d'accions judicials (allò que legítimament pretén la recurrent), però no la investigació privada de dades no patrimonials, que només podran ser objecte de publicitat segons les normes sobre protecció de dades. Així, és el registrador qui ha de qualificar, no només si procedeix o no expedir la informació, sinó també quines dades inscrites s'hi poden incloure o s'han d'excloure.

IMMATRICULACIÓ

Resolució de 13 de juliol de 2010 (BOE 227, 18 de setembre de 2010: 14358)

En una interlocutòria dictada en expedient de domini per a immatriculació de finca, se sol·licita la immatriculació d'una finca amb la superfície que figura en el cadastre (2.184 metres) i la constància d'un excés de cabuda (fins a 2.527 metres) basat en un informe d'arquitecte tècnic.

La Direcció entén que s'ha d'inscriure amb la superfície que consta en el cadastre sense fer constar la major cabuda pretesa, ja que els articles 53-7 de la Llei 13/1996 i 298 RH prohibeixen la immatriculació si no s'aporta certificació cadastral descriptiva i gràfica en termes "totalment coincidents" amb la descripció del títol. No s'entendrà aquesta coincidència quan la diferència de cabuda no excedeixi del 10%, ja que aquest criteri permissiu el preveuen els articles 41 a 49 de la Llei del Cadastre, en relació amb la constatació registral de la referència cadastral, però no a la immatriculació).

OBRA NOVA

La SAP Barcelona (14a), de 22 de juny de 2009, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12930) anul·la aquesta resolució:

Resolució de 28 d'octubre de 2004. Exonera del requisit d'assegurança decennal en una declaració d'obra realitzada per una societat, el domicili social de la qual està en un altre immoble, que es refereix a un habitatge unifamiliar realitzat en règim d'autopromoció, amb manifestació que es destinarà a ús propi.

La S. Jutjat 1 Inst. 6 de Pamplona, de 4 de juliol de 2005, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12943) anul·la aquesta resolució:

Resolució de 6 d'octubre de 2004. En relació amb el requisit d'obtenció de llicència municipal per a la inscripció d'obres noves, el registrador entén necessari un document signat pel secretari de l'ajuntament en què se certifiqui l'acord de concessió de llicència, atès el monopoli de la fe pública per part del secretari municipal. Contràriament, la Direcció entén que, tot i que la concessió de llicència és un acte administratiu, la seva comunicació és un altre acte independent, no subjecte a requisits de forma, que pot fer-se per qualsevol mitjà que permeti tenir constància de recepció, data i contingut. En conseqüència, admet un exemplar de la resolució de l'alcalde per la qual es va concedir la llicència d'obres (la competència de l'alcalde no es qüestiona).

Resolució de 26 de juliol de 2010 (BOE 227, 18 de setembre de 2010: 14364)

Inscrit un edifici, es declara en construcció una ampliació d'obra, que consisteix en transformar el destí d'una planta i sobreedificar-ne una altra, i crear una propietat horitzontal amb tres elements (magatzem, habitatge i habitatge). Posteriorment els propietaris donen els tres elements a diferents fills. En el número de protocol següent, el propietari de cadascun dels dos habitatges atorga acta de finalització d'obra i manifesta ser autopromotor individual d'un únic habitatge unifamiliar per a ús propi.

La Direcció interpreta els requisits de l'excepció legal a l'obligació de constituir assegurança decennal. "Autopromotor individual" s'ha d'entendre de forma àmplia, com a oposat al promotor col·lectiu, i inclou persones físiques i jurídiques (resolucions de 5 d'abril de 2005 i 9 de juliol de 2003) i l'anomenada "comunitat valenciana" respecte a cadascun dels promotors pel que fa al seu propi habitatge unifamiliar per a la construcció del qual s'han constituït en comunitat (Resolució-Circular DGRN de 3 de desembre de 2003). "Habitatge destinat a ús propi" és el que no està destinat originàriament a un posterior lliurament o cessió d'ús a tercers, requisit acreditable amb la manifestació del promotor en aquest sentit, sempre que no quedi desvirtuada per cap altre element documental (p. ex. en la Resolució de 9 de maig de 2007 la llicència municipal d'obres no era la d'un habitatge unifamiliar).

En el cas resolt l'assegurança decennal és obligatòria, d'acord amb els criteris de l'esmentada resolució circular. No es tracta d'una rehabilitació (l'assegurança decennal és exigible quan la llicència es limiti a autoritzar una obra autònoma de reforma, ampliació o modificació de l'edifici, no simultània a una rehabilitació). Res canvia el fet d'existir elements no destinats a habitatge en l'edifici. L'assegurança és obligatòria si el destí principal de l'edifici és el d'habitatge, tot i que sigui superior el nombre d'elements que no ho siguin. No estem davant d'una autèntica "comunitat valenciana" perquè no hi ha independència estructural entre els dos habitatges, situats un sobre l'altre en una mateixa propietat horitzontal. No es tracta d'un únic habitatge unifamiliar, sinó d'un edifici plurifamiliar.

Resolució de 23 de juliol de 2010 (BOE 227, 18 de setembre de 2010: 14363)

Es va atorgar en el seu moment la declaració d'obra i divisió horitzontal d'un edifici gràcies a la qual es van crear dos habitatges privatis adjudicats en dissolució de condomini als respectius propietaris. El registrador no va inscriure aquesta escriptura i va exigir l'assegurança decennal, en entendre que no concorria l'excepció prevista per a l'autopromotor. Ara, s'atorga una ampliació d'obra i modificació de propietat horitzontal per la qual es declaren noves plantes i es constitueixen nous elements privatis (que no són habitatges), i els declarants dissolen la comunitat i s'adjudiquen en ple domini els nous elements.

La Direcció confirma l'obligatorietat de l'assegurança decennal, no per a l'ampliació (ja que no es refereix a habitatges, tal com va reconèixer la Resolució de 17 de novembre de 2007), sinó per a la inscripció de l'edifici, ja que tot i que hi ha més locals i garatges, el destí principal de l'edifici és el d'habitatge. Reitera la doctrina de la resolució anterior sobre els requisits de l'excepció de l'autopromotor i en aquest cas exigeix l'assegurança. No es tracta d'un autopromotor individual, sinó que tant l'obra inicial com l'ampliació es fan en règim de comunitat ordinària (que els atorgants mateixos dissolen); no es tracta d'una "comunitat valenciana", ja que no hi ha independència estructural entre els dos habitatges, integrats en la mateixa propietat horitzontal; el que s'ha construït no és un habitatge unifamiliar, sinó un edifici plurifamiliar amb dos habitatges. Per tal que el requisit de ser destinada a ús propi pugui resultar de la simple declaració del promotor, és necessari que no hi hagi contradicció documental (en aquest cas —igual que en la Resolució de 9 de maig de 2007—, la llicència d'obres no era per a un habitatge unifamiliar).

Resolució de 22 de juliol de 2010 (BOE 227, 18 de setembre de 2010: 14362)

Diverses persones en règim de comunitat ordinària declaren l'obra nova d'un habitatge sobre una finca registral en què ja figura va prèviament inscrita l'obra d'un altre habitatge a favor dels mateixos cotitulars. Els dos habitatges no formen propietat horitzontal i es troben sobre porcions de finca diferents.

La Direcció reitera l'exposició de les resolucions anteriors sobre els requisits de la no obligatorietat de l'assegurança decennal en favor de l'autopromotor individual d'un únic habitatge per a ús propi. En el cas resolt, s'ha de constituir l'assegurança: no es tracta d'un únic habitatge unifamiliar (se n'havia declarat abans un altre sobre la mateixa finca per part dels mateixos comuns); no existeix autopromotor individual, sinó una pluralitat de titulars en comunitat ordinària; no existeix ús propi i diferenciat sobre cada habitatge, sinó que tots els comuns tenen l'ús conjunt dels dos habitatges.

PARCEL·LACIONS

Resolució de 17 de juny de 2010 (BOE 192, 9 d'agost de 2010: 12814)

La Direcció, tot i que no abandona la seva doctrina favorable a la inscripció de parcel·lacions la llicència o declaració d'innecessarietat de les quals s'obté per silenci positiu, la restringeix notablement a la



llum de la STS (3a) de 28 de gener de 2009, la qual considera norma estatal bàsica la que prohibeix l'adquisició per silenci de llicències contràries a l'ordenació territorial o urbanística (art. 242-6 LS-1992 i art. 8-1-b LS-2008), sense que això contradigui la regla general de silenci positiu de l'art. 43 LRJAP-PAC, ja que aquesta norma permet previsió en contra per una altra llei.

En el supòsit resolt, la Direcció aplica aquesta doctrina i denega la inscripció d'una escriptura de segregació la llicència del qual es pretén adquirir per silenci, sobre la base de l'art. 68-2 de la Llei 7/2002 d'Ordenació Urbanística d'Andalusia, que disposa la nul·litat de les parcel·lacions urbanístiques en sòl no urbanitzable. A més, té en compte un informe municipal en què s'afirma l'existència d'indicis de parcel·lació il·legal. Aquest informe no forma part del títol ni consta en cap inscripció, però va ser aportat pels mateixos recurrents en un recurs que es va plantejar en el seu moment contra la denegació de llicència per a una parcel·lació anterior de la finca matriu.

Resolució de 12 de juliol de 2010 (BOE 227, 18 de setembre de 2010: 14357)

Es denega la inscripció d'una obra nova i venda de participació indivisa referides a una finca rústica, perquè, si bé és cert que no existeix una assignació formal i expressa d'ús individualitzat d'una part de l'immoble, sí que hi ha elements de judici reveladors d'una possible parcel·lació urbanística, amb risc de creació de nucli de població, que precisaria llicència o declaració d'innecessarietat: l'historial registral de la finca revela l'existència d'una pluralitat de titulars sobre aquesta en virtut de successives vendes de participacions indivises atorgades immediatament després de la declaració d'obra d'un habitatge; a més, en cada venda el venedor declara que construeix l'habitatge com a autopromotor amb la intenció de destinar-lo a domicili personal (després cada comprador l'exonerava de l'obligació de constituir l'assegurança decenal) i cada comprador l'apodera per tal que faci declaracions d'obra i vendes de participacions successives.

L'art. 66 de la Llei d'Ordenació Urbanística d'Andalusia considera també actes reveladors de possible parcel·lació urbanística aquells en què, mitjançant la interposició de societats, divisions horitzontals o assignacions d'ús o quotes en proindivís d'un terreny, o d'una acció o participació social, puguin existir diversos titulars a qui correspon l'ús individualitzat d'una part de terreny equivalent.

PÀTRIA POTESTAT

Resolució de 8 de maig de 2010 (BOE 172, 16 de juliol de 2010: 11385)

Admet la inscripció d'una venda atorgada per la mare d'un incapacitat, com a titular de la pàtria potestat rehabilitada, per a la qual existeix autorització judicial (conforme als arts. 171 i 166 Cc), però que en la corresponent interlocutòria s'exigeix l'acreditació al jutjat de la reinversió de la quantitat obtinguda.

Aquesta acreditació no és requisit d'inscripció, sinó una mesura de seguretat que el jutge ha de prendre sota la seva responsabilitat (art. 2023 LEC-1881). A més, la raó per la qual l'interlocutòria permet l'alienació és la necessitat d'obtenir recursos per al tractament del fill, la qual cosa suposa una actuació de tracte successiu en un període

de temps indefinit, l'acreditació de la qual demoraria sense data la inscripció, i deixaria desprotegits els interessos del fill. És cert que la Resolució de 12 de juliol de 1999 va denegar la inscripció d'una venda atorgada per una filla com a tutora de la seva mare per no complir les prevencions de subhasta i avaluació exigides a l'article 2015 LEC-1881 a què es remetia la sentència; però aquestes mesures es refereixen a la venda mateixa, mentre que el control de la reinversió dels diners és una actuació posterior.

Resolució de 14 de maig de 2010 (BOE 234, 27 de setembre de 2010: 14792)

Es refereix a una escriptura de préstec hipotecari en què intervenen com a prestataris, el pare i un fill major d'edat; i com a hipotecants, els dos esmentats i dos fills més, un major d'edat i l'altre de 17 anys, que consent en l'escriptura als efectes de l'art. 166-3 Cc.

La Direcció no descarta la possibilitat de conflicte d'interessos, i exigeix el nomenament de defensor judicial. En l'escriptura es diu només que el préstec "ha estat concedit amb la finalitat de rehabilitació d'habitatge", però sense especificar si és o no l'habitual.

PROCEDIMENT REGISTRAL

La S. Jutjat 1a Inst. 6 de Còrdova, de 18 de desembre de 2009, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12929), anul·la la Resolució de 17 d'abril 2008

La S. Jutjat 1a Inst. 6 de Còrdova, de 18 de desembre de 2009, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12933)], anul·la la Resolució de 7 d'abril 2008

La SAP Lleida (2a), de 30 d'octubre de 2009, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12937), anul·la la Resolució de 16 de febrer 2008

Las tres resolucions anul·lades (és de suposar que s'aniran resolt més impugnacions jurisdiccionals d'aleshores ençà) són les primeres que van establir que, quan se li presenten títols, el registrador ha d'exposar tots els defectes que impedeixin la inscripció del títol, tot i que no se li hagi acreditat el pagament de l'impost, sense que es pugui suspendre la qualificació fins que s'acrediti el pagament de l'impost per després tornar a apreciar altres defectes.

PROPIETAT HORITZONTAL

Resolució de 13 de maig de 2010 (BOE 172, 16 de juliol de 2010: 11387)

Una parcel·la està formalment inscrita a nom del constituent d'un règim de propietat horitzontal, però en el cos de la inscripció es diu que pertanyerà per quotes indivises, com a annex inseparable dels elements privatis que s'alienin. Ara, el recurrent al·lega que es tracta d'un error i pretén que es rectifiqui la inscripció per fer constar que la parcel·la és un element comú.

La Direcció no considera que existeixi error (ni material ni de concepte), perquè la inscripció es va realitzar en la mateixa forma que el títol. El que succeeix és que la inscripció inicial publica una

titularitat que ja no és actual; però d'aquesta –i de les inscripcions dels elements privatis– se'n deriva la titularitat vigent. El canvi de la naturalesa de la parcel·la (d'annex a element comú) suposa modificar el títol constitutiu i exigeix unanimitat dels propietaris.

Resolució d'1 de juny de 2010 (BOE 172, 16 de juliol de 2010: 11388)

Es pretén modificar els estatuts d'una propietat horitzontal mitjançant escriptura atorgada per tots els integrants de la comunitat de propietaris. El registrador denega la inscripció per infracció del principi de tracte successiu, ja que, pel que fa a un dels departaments que està inscrit a nom de dos cònjuges amb caràcter de guanys, l'escriptura ha estat atorgada per només un d'ells.

La Direcció admet la inscripció. Remet a la seva doctrina (Resolucions de 30 novembre de 2006 i 19 d'abril de 2007) sobre distinció entre acords col·lectius (que requereixen consentiment de la Junta com a òrgan) i actes que afecten al contingut de la propietat (que requereixen el consentiment individualitzat dels propietaris afectats). Atès que la modificació estatutària és un acte col·lectiu de la Junta, no es pot exigir el consentiment individualitzat de tots els propietaris ni oposar-li el principi de tracte successiu. És cert que requereix unanimitat, però li resulta aplicable l'article 15-1 LPH que, en cas de proindivís sobre un element, obliga al nomenament d'un únic representant que assisteixi i voti a la Junta.

Resolució de 18 de juny de 2010 (BOE 192, 9 d'agost de 2010: 12815)

Denega la inscripció d'una escriptura per la qual es canvia el destí d'un element en propietat horitzontal (de local a habitatge), amb la consegüent modificació de la façana, per voluntat única del seu propietari. Els estatuts estableixen que els elements privatis es destinaran a habitatges o locals, segons estiguin caracteritzats en el títol constitutiu, i que la modificació de la façana exigeix consentiment de la comunitat.

La SAP Madrid (9a), de 3 d'octubre de 2008, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12932) anul·la aquesta resolució:

Resolució de 14 juny 2004. No considera exigible una llicència de parcel·lació per assignar, com a annex, l'ús privatiu de les dues parts de terreny comú de la propietat horitzontal a cadascun dels seus dos elements privatis. En la propietat horitzontal tombada no s'altera la unitat jurídica del sòl.

La SAP Almeria (1a), de 28 de març de 2007, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12939), anul·la, per extemporània, aquesta resolució:

Resolució de 19 d'octubre de 2005. Ni l'incompliment de l'obligació del venedor d'aportar el certificat de despeses comunes de l'art. 9 LPH (o que el comprador l'exoneri), ni la prohibició d'autorització de l'escriptura afecten la validesa del negoci realitzat, per la qual cosa si aquest reuneix els requisits que per a la seva validesa exigeixen les lleis, no existeixen obstacles per inscriure'l. Diferent seria que la llei establís com a sanció de la infracció la no inscripibilitat (tal com succeeix senyaladament en matèria de retracte arrendatí).

REGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

Resolució de 16 de juny de 2010 (BOE 192, 9 d'agost de 2010: 12813)

Per sentència ferma s'aprova la proposta de conveni regulador formulat per una parella de fet "en adopció de mesures paternofilials", entre les quals s'inclou un pacte sobre el domicili comú, que havien comprat per meitats indivises, l'ús i gaudi del qual queda a favor dels menors i de la mare amb qui conviuran, i respecte a la propietat del qual s'extingeix el condomini que se li adjudica al pare amb assumptió de tot el préstec hipotecari pendent. La mare s'oblige a facilitar tots els tràmits i escriptura necessaris per inscriure l'extinció de condomini.

La Direcció entén que l'extinció de condomini exigeix escriptura pública. Primer, perquè la sentència en qüestió no aprova l'extinció (sinó només les mesures paternofilials, entre les quals no s'hi inclou). Però és que a més, encara que la sentència hagués aprovat l'extinció, el principi de legalitat hipotecària exigeix titulació pública (art. 3 LH), i la Direcció l'interpreta exigint el tipus de títol congruent amb l'acte inscripció (és a dir, que l'extinció de comunitat hauria de constar en escriptura pública i no en executòria). La Direcció recorda pronunciaments seus anteriors: és inscripció el conveni regulador aprovat judicialment on es liquidi el règim conjugal, però sense estendre'l a altres actes amb significació negocial pròpia (Resolució de 10 de març de 1988); per això exigeix escriptura pública per exemple per intercanviar béns privatis a l'hora de liquidar el règim de comunitat (Resolució de 22 de març de 2010); però té cabuda el conveni regulador per adjudicar béns adquirits en règim de separació de béns (Resolució de 29 d'octubre de 2008), tot i que no per dissoldre una comunitat de béns adquirits en absència total de règim conjugal, tal com succeeix en aquest cas d'unió de fet.

Resolució de 19 de juny de 2010 (BOE 192, 9 d'agost de 2010: 12816)

En el seu moment es va inscriure una escriptura en què el comprador va manifestar adquirir per a la seva societat de guanys. Ara, es pretén la inscripció d'una acta de manifestacions atorgada unilateralment per ell en la qual rectifica l'escriptura i al·lega que en aquell moment el seu matrimoni s'acollia al règim català de separació de béns, i per justificar-ho aporta a l'acta certificacions municipals d'empadronament del comprador a Catalunya entre 1975 i 2009, així com el certificat del Registre Civil acreditatiu de la celebració del matrimoni l'any 1994 a Valls.

La Direcció denega la inscripció de l'acta i exigeix el consentiment de l'esposa, atès que els assentaments practicats estan sota la salvaguarda dels tribunals i la rectificació exigeix, o bé consentiment del titular registral i de tots aquells a qui l'assentament atribueixi algun dret o, si no n'hi ha, resolució judicial dictada en judici entaulat contra tots aquells a qui l'assentament concedeixi drets. Així resulta de l'article 40-d LH, però també de la doctrina del TS sobre litisconsorci passiu necessari en procediments relatius a béns de guanys, de la naturalesa de la societat de guanys com a comunitat germànica i de la presumpció de l'existència del règim de guanys de l'article 1361 Cc.

És cert que la Direcció també ha declarat (Resolució de 10 de setembre de 2004 i 13 de setembre de 2005) que, quan la rectificació es refereix a fets susceptibles de prova mitjançant documents fefa-



ents i independents de la voluntat dels interessats, serà suficient per a l'esmena la simple petició de l'interessat acompanyada d'aquests documents. Però no és això el que ha passat en aquest supòsit. S'ha acreditat el veïnatge del comprador, però no el règim del seu matrimoni, la determinació de qual és més complexa.

REPRESENTACIÓ

La SAP Màlaga (6a), de 4 de febrer de 2009, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12925) anul·la aquesta resolució:

Resolució de 4 d'octubre de 2005. Rebutja la qualificació registral que considerava que la ressenya de poder feta pel notari autoritzant una escriptura de compravenda estava mal realitzada. La ressenya afirma que el poder comprèn la facultat de comprar béns immobles; mentre que en l'escriptura es compren participacions indivises d'immobles.

La SAP Màlaga (6a), de 21 d'octubre de 2008, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12926) anul·la aquesta resolució:

Resolució de 29 de setembre de 2005. Rebutja la qualificació registral que considerava que la ressenya de poder feta pel notari autoritzant una escriptura de compravenda estava mal realitzada. El notari, un cop ressenyades les dades de l'escriptura de poder, va jutjar suficients les facultats representatives acreditades per atorgar l'escriptura de compravenda.

La SAP Múrcia (2a), de 3 de novembre de 2008, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12927) anul·la, per extemporània, aquesta resolució:

Resolució de 21 de setembre de 2005. Rebutja la qualificació registral que va denegar la inscripció d'un acte atorgat pel gerent d'una societat el càrrec del qual estava pendent d'inscripció al Registre Mercantil. La inscripció de càrrecs socials és obligatòria, però la infracció d'aquesta obligació no afecta la validesa del nomenament.

La SAP Madrid (10a), de 13 de maig de 2009, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12935) anul·la aquesta resolució:

Resolució de 13 de febrer de 2008. Considera ben realitzat el judici de suficiència de facultats representatives. El notari autoritzant expressa que té a la vista còpia autoritzada de l'escriptura de poder i que, en la seva opinió, d'aquesta resulta que són suficients les facultats representatives acreditades per a la present escriptura de préstec i constitució d'hipoteca i tots els pactes complementaris inclosos.

SOCIETATS MERCANTILS

La SAP Madrid (9a), de 3 d'octubre de 2008, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12932) anul·la, per extemporània, aquesta resolució:

Resolució de 14 de maig de 2007 (BOE 15-VI-07). Interpreta l'art. 401 RRM: en la denominació d'una societat anònima, limitada o sub-

jecta a inscripció, no es podrà incloure el nom d'una persona sense el seu consentiment. Però la Direcció entén que aquest consentiment serà només necessari quan hi hagi circumstàncies que permetin individualitzar el nom respecte d'una persona concreta. No quan s'utilitzin noms i cognoms d'ús comú tant freqüent que difícilment serveixin per identificar una persona aliena a la societat, ni quan es tracta d'una denominació de fantasia (en el cas concret era el nom d'un personatge retratat per Domenico Ghirlandaio: "Giovanna Tornabuoni").

La S. Jutjat Mercantil 2 de València, d'11 de febrer de 2008, publicada per Resolució de 24 de juny de 2010 (BOE 193, 10 d'agost de 2010: 12941) anul·la aquesta resolució:

Resolució de 17 de juliol de 2006. Considera error material d'escassa entitat, que no impedeix la inscripció, el sofert en una escriptura de constitució de societat, en l'atorgament de la qual primer figura la denominació "Bar Gabbana, SL", igual que en el certificat de denominació; mentre que als Estatuts (que no són document unit sinó que formen part del cos de l'escriptura) figura el nom "Bar Gabbana, SL".

Resolució de 9 de juliol de 2010 (BOE 222, 13 de setembre de 2010: 14080)

Un soci, les participacions del qual representen el 5% del capital d'una societat limitada, va obtenir en el seu moment anotació preventiva de publicació de complement de convocatòria d'una Junta General. Ara aquest soci pretén la pròrroga de l'anotació practicada. És cert que no s'hagués hagut de practicar mai l'anotació, perquè el dret del soci a demanar la publicació d'un complement de convocatòria (i la sanció de nul·litat de la Junta si els administradors no ho publiquen) es regula només per a les societats anònimes i no per a les limitades. Però en tot cas, com els assentaments practicats estan sota la salvaguarda dels tribunals, la Direcció entra a resoldre i rebutja la pròrroga perquè l'article 104 RRM preveu per a l'anotació un termini de caducitat de tres mesos i no preveu la possibilitat de prorrogar-lo.

URBANISME

Resolució de 19 de maig de 2010 (BOE 162, 5 de juliol de 2010: 10658)

El registrador denega la inscripció d'una certificació municipal de reparcel·lació urbanística, que és conforme al Pla parcial, però que comprèn en part terreny declarat no urbanitzable tant pel Pla general, com pels acords del Consell de Ministres dictats en execució de l'article 130 de la Llei 62/2003, de Mesures Fiscals, Administratives i Socials, els quals declaren no urbanitzable la zona per risc radiològic (la zona reparcel·lada està prop de Palomares).

Així ho imposa el principi de jerarquia normativa: sobre el Pla parcial prevalen tant el Pla general (que no és una simple directriu), com els acords del Consell de Ministres que desenvolupen una llei.



Ressenya de les principals resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat

Publicades el segon i el tercer trimestre de 2010

Per Víctor Esquirol. Notari de El Masnou

CÈDULA D'HABITABILITAT

La cèdula d'habitabilitat és necessària en les vendes d'habitatges a favor de persones jurídiques

Resolució de 20 d'abril de 2010 (DOGC 16 de juny de 2010)

Resum: Una societat limitada compra un pis, la destinació del qual no figura a la descripció registral, tot i que a l'escriptura de compra es fa constar que es tracta d'un habitatge. No s'aporta la cèdula d'habitabilitat, però s'inclou una clàusula que diu que "essent l'adquirent una societat, no té ni pot tenir per definició el caràcter de consumidor ni d'usuari de l'habitatge, que són, en última instància, els autèntics protegits legalment en aquests tipus de transaccions" segons la normativa vigent en matèria d'habitatge i cèdula d'habitabilitat, la qual, en referir-se a l'obligatorietat de la cèdula en el moment de la transmissió, substitueix el concepte d'adquirents pel de persones adquirents, amb la qual cosa sembla voler fer referència només a les persones físiques. A més a més es fa constar que la finalitat única de la transmissió és ampliar l'actiu social de la societat adquirent.

El registrador de la propietat, no obstant, exigeix la cèdula tot limitant-se a reproduir els arts. 132 i 135 Llei 18/2007, de 28 de desembre, del Dret a l'Habitatge (LDH) i els arts. 8 i 9 del Decret 55/2009. El notari autoritzant, en un extens escrit, recorre la nota de qualificació en base a la vaguetat d'aquests preceptes, per exemple en parlar dels actes de "transmissió i cessió", quan és evident que la cèdula no és exigible a tots els actes de "transmissió i cessió" d'habitatges, com seria el cas d'una aportació a una societat o d'una donació, en que s'ha d'interpretar que no és exigible; per tant, considera que la llei ha de ser aplicada d'acord amb una interpretació lògica, sistemàtica i raonable, que porta a entendre que l'exigència de la cèdula ha d'estar en consonància amb la protecció dels consumidors i usuaris d'habitatges. El notari recurrent creu que hi ha base legal per distingir entre els preceptes que van dirigits al increment i millora del parc d'habitatges i els que intenten protegir als consumidors; considera evident que el legislador no ha pretès la millora del parc d'habitatges per la via de sotmetre totes les transmissions a l'exigència de la cèdula d'habitabilitat, la qual cosa seria una vulneració flagrant del principi de llibertat de contractació. També insisteix en el fet que les societats no poden ser consumidors ni usuaris d'habitatges i, si després els lloguen o venen a persones físiques, serà llavors quan s'haurà d'exigir la cèdula. Finalment, al·lega que si una societat pot adquirir un habitat-

ge sense els requisits de l'art. 132 de la Llei del Dret a l'Habitatge mitjançant una ampliació de capital, una fusió o una escissió, ¿per què no pot fer-ho en cas de compra?

La DGDEJ desestima el recurs. En primer lloc, recorda la seva R. de 31 de març de 2009, on destacava l'evolució normativa de les cèdules d'habitabilitat, que deriva d'un mandat constitucional i estatutari relatiu al dret a un habitatge digne i adequat, com a part de la funció social del dret de la propietat que condueix a la doble finalitat de protegir el consumidor o usuari que accedeix a la propietat o a l'ús d'un habitatge i de garantir la qualitat i el bon ús dels habitatges per mitjà d'una activitat de control públic. Aquesta funció social de la propietat implica l'obligació de mantenir l'habitatge en l'estat d'habitabilitat adequada i de mantenir al dia la cèdula.

D'altra banda, considera que no hi ha base, des del punt de vista semàntic i gramatical, per a diferenciar, dintre de la normativa aplicable, entre normes destinades a les persones físiques i a les persones jurídiques, ja que la norma parla de "persones" sense excloure les persones jurídiques. Aquesta diferenciació no es deriva tampoc del concepte de consumidor, ja que l'art. 1.2 de la Llei 3/1993, de 5 de març, de l'Estatut del consumidor (en la data en què escric això, ja derogada) considera com a consumidors a les persones físiques o jurídiques que, com a destinataris finals, fan l'adquisició, fan ús o gaudeixen de béns o serveis. Així mateix, declara que l'obligatorietat de lliurar la cèdula en el moment de transmetre un habitatge no és només una norma de protecció de l'adquirent, sinó també un mecanisme de control periòdic del compliment de l'obligació de renovar la cèdula, cosa que permet, també, lluitar contra la pràctica de la desocupació permanent dels habitatges que la llei vol limitar. Aquesta obligatorietat deriva no només de l'art. 132 LDH, que és instrumental, sinó principalment de l'art. 26.2, que és la norma material, que l'exigeix en qualsevol transmissió, per venda, lloguer o cessió d'ús.

Finalment recorda que no cal lliurar la cèdula d'habitabilitat en negocis que no comporten una transmissió voluntària i efectiva de l'ús de l'habitatge a canvi d'un preu o contraprestació ni en negocis entre copropietaris ni en actes de successió com els que es produeixen en els supòsits de modificacions estructurals de persones jurídiques.

Comentari: Crec que la clau d'aquesta resolució és l'art. 26.2 LDH. El notari recurrent no discuteix si la normativa sobre habitabilitat és delimitadora o no de la funció social de la propietat d'un



habitatge; només posa en dubte que la cèdula d'habitabilitat sigui exigible en tota mena de transmissions. De la mateixa forma que la DGDEJ, en la R. de 31 de març de 2009 i en la que comenten, exclou, en la interpretació de la llei, determinades classes de transmissions de l'exigència de la cèdula, considera que també s'hauria d'excloure les transmissions en favor de les persones jurídiques, per les raons ja expressades. El que succeeix és que el notari no ha tingut en compte que la DGDEJ no està interpretant només l'art. 132 de la LDH, sinó també l'art. 26.2 del mateix text legal (al qual el notari no fa cap referència en la seva extensa nota de recurs), que diu literalment que la cèdula s'ha de lliurar "en qualsevol transmissió, per venda, lloguer o cessió d'ús" i el que fa la DGDEJ és limitar-se a recordar quines transmissions no es poden considerar com a vendes. Queda clar, per tant, que la cèdula és exigible només en les transmissions que siguin vendes, però en totes les vendes. Ens pot agradar més o menys, ens pot semblar més o menys encertat, potser com diu Marsal (InDret, 3/2010) hi ha una desproporció entre l'incompliment d'una obligació administrativa i el tancament registral, però crec que no hi ha base legal per a diferenciar entre vendes en favor de persones físiques o en favor de persones jurídiques, i que el legislador ha demostrat interès en que no hi hagi més excepcions que les previstes per l'art. 9 del Decret 55/2009.

PROPIETAT HORIZONTAL

L'acord de limitar l'ús dels elements privatis a determinades activitats, s'ha de prendre amb el consentiment de tots el propietaris d'aquells

Resolució de 21 d'abril de 2010 (DOGC 27 de maig de 2010)

Resum: La junta d'una comunitat de propietaris d'un edifici constituït en règim de propietat horitzontal pren un acord pel qual es prohibeix que els elements privatis es puguin destinar a activitats relacionades amb l'hoteleria. L'acord es pren per majoria de més de les quatre cinques parts, però amb el vot en contra i l'oposició del propietari del local comercial. Elevat a escriptura pública, es presenta a inscripció en el Registre de la propietat, però el registrador qualifica negativament ja que considera que és necessari el consentiment del propietari del local comercial, així com el del titular del dret d'hipoteca que recau sobre aquest.

La DGDEJ considera que en efecte és necessari el consentiment del propietari que s'hi va oposar, en base a l'art. 553-25.4 del CCCat, que disposa que "els acords que disminueixin les facultats d'ús i gaudi de qualsevol propietari o propietària requereixen que aquest els consenti expressament." Pel que fa a la qüestió del consentiment del titular de la hipoteca, resol que no és necessari ja que: d'una banda, la llei no exigeix que hi participi en l'adopció de l'acord; i de l'altra, no queda desprotegit perquè l'article 117 LH el faculta per a demanar l'administració judicial si considera que l'immoble hipotecat ha perdut valor amb la limitació d'usos acordada amb el consentiment del deutor.

Comentari: Estic d'acord amb la doctrina d'aquesta resolució. La part recurrent al·lega un conflicte entre l'art. 553-25.4, que

exigeix el consentiment dels propietaris perjudicats per la limitació de les facultats d'ús i gaudi, i l'art. 553-11.2,e), que diu que els estatuts poden limitar les activitats que es poden accomplir en els elements privatis. Jo no hi veig cap conflicte, ja que l'art. 553-25.4 complementa el 553-11.2,e) en establir els requisits necessaris per a incorporar als estatuts aquest tipus de limitacions. Això no impedeix que l'acord es pugui prendre per la majoria de les 4/5 parts de l'art. 553-25.2, però entre els propietaris que hi consentin hi haurà d'haver els afectats per la limitació; i si aquesta afecta a tots els propietaris, serà necessària la unanimitat (a excepció del supòsit de l'art. 553-39.2).

No es necessari que s'acrediti l'estat de deutes amb la comunitat quan s'aporta un element privatiu a una societat mercantil

Resolució de 28 de juny de 2010 (DOGC 30 de juliol de 2010)

Resum: S'atorga una escriptura d'aportació d'un element privatiu d'una propietat horitzontal a una societat mercantil, sense que s'aporti el certificat que acrediti l'estat de deutes amb la comunitat ni es renunciï per la societat a l'esmentada informació. L'escriptura s'inscriu en el Registre mercantil, però no en el Registre de la propietat ja que el registrador exigeix el certificat o la renúncia. El notari autoritzant interposa recurs al·legant entre altres coses que el registrador de la propietat no hauria de tornar a qualificar una escriptura qualificada pel registrador mercantil i que l'aportació a una societat mercantil no és estrictament una transmissió onerosa.

La DGDEJ revoca la nota. Considera que l'exigència de l'art. 553-5 CCCat, reforçada per l'art. 65.2 de Llei de l'habitatge, no és d'aplicació als negocis entre copropietaris, com són la dissolució de comunitat, venda de quota indivisa d'un copropietari a un altre o liquidació de societat conjugal, ni en procediments d'execució judicial, ni en les operacions societàries, on el transmissor forma part com a soci de la societat adquirent.

Respecte de la qüestió de la doble qualificació registral, enten que el registrador mercantil i la del registrador de la propietat operen en àmbits diferents: el primer qualifica el negoci mercantil, mentre que el segon valora l'acte dispositiu de la finca. Per tant, han d'haver dues qualificacions diferents.

Comentari: La DGDEJ aprofita que la llei de l'habitatge confirma l'exigència de l'art. 553-5 CCCat, per a aplicar a aquest precepte la doctrina que la pròpia DG ha establert per a l'exigència de la cèdula d'habitabilitat en les resolucions de 31 de març de 2009 i 20 d'abril de 2010. Tot i que la finalitat de les dues exigències pot tenir motius diferents (per exemple, en matèria de cèdula d'habitabilitat el control del parc d'habitatges), és raonable considerar que no totes les transmissions oneroses tenen les mateixes característiques en ordre a determinar el grau de protecció de l'adquirent.

La inscripció de l'excés de cabuda d'un departament privatiu no es pot fer pel procediment d'expedient de do-

mini, sinó que s'ha de fer mitjançant escriptura pública o sentència judicial dictada en procediment contradictori

Resolució de 20 de juliol de 2010 (DOGC 26 d'agost de 2010)

Resum: Es pretén inscriure un excés de cabuda d'un element privatiu que forma part d'una propietat horitzontal, mitjançant una interlocutòria judicial dictada en procediment d'expedient de domini. La registradora de la propietat qualifica negativament en base a dos motius: a) que l'expedient de domini és improcedent per fer constar l'excés de cabuda d'un departament d'un edifici dividit horitzontalment; i b) la manca de participació en el procediment de la resta de propietaris de l'edifici. La DGDEJ considera en primer lloc que les dues qüestions entren dins de l'àmbit de la qualificació registral, perquè s'està discutint la idoneïtat del procediment judicial emprat per dictar la resolució així com la relació d'aquest procediment amb els titulars registrals que es veuran afectats per la resolució final, si s'inscriu. I entrant en el fons, declara que la rectificació de la cabuda d'un dels departaments privatis implica modificar el títol constitutiu, la qual cosa exigeix l'atorgament d'escriptura pública d'elevació a públic de l'acord de la junta de propietaris o sentència judicial dictada en procediment contradictori en la qual fossin demandats tots els propietaris. Excepcionalment, admet la idoneïtat de l'expedient de domini en aquells supòsits en els quals, per la descripció del departament i dels seus límits, l'errada de superfície continguda al títol constitutiu sigui evident i fàcilment comprovable.

ADMINISTRADOR AMB CÀRREC NO INSCRIT. PAGAMENT DE L'IMPOST PREVI A LA INSCRIPCIÓ

L'acte efectuat per l'administrador no inscrit en el Registre mercantil no és inscribible en el Registre de la propietat. Per a accedir al Registre de la propietat no és suficient que el títol que recull un acte subjecte a l'ITP hagi estat presentat a l'Administració tributària, sinó que cal acreditar l'efectiu pagament de l'impost

Resolució de 22 d'abril de 2010 (DOGC 31 de maig de 2010)

Resum: Es tracta d'una escriptura d'elevació a públic d'un contracte de permuta de dret de subsòl. Fins a un total de vuit defectes posa de manifest la nota de qualificació, dels quals la DGDEJ revoca tres i confirma la resta. Faré una simple referència a tots ells i em centraré en la qüestió que considero més interessant, la relativa a l'actuació de l'administrador no inscrit.

1. El primer defecte és que les finques sobre les quals es constitueix el dret de subedificació estan gravades amb una reserva de domini a favor d'un tercer. La DG declara que l'existència de la reserva de domini no tanca el registre als actes posteriors, que queden supeditats a la reserva de domini.
2. El segon defecte és la manca d'inscripció al Registre mercantil del càrrec d'administrador d'una de les parts, el nomenament del qual havia sigut elevat a públic el mateix dia que el títol pre-

sentat. La DG confirma el defecte i considera que la inscripció al Registre mercantil ha de ser prèvia a la inscripció de l'acte dispositiu immobiliari al Registre de la propietat, "per la presumpció d'exactitud dels assentaments registrals que estableix l'art. 7 del RRM."

3. El tercer defecte és la falta d'aportació de les cartes de pagament de l'impost, tot i que consta que s'ha demanat el seu ajornament, que ha estat rebutjat per l'Administració tributària. La DG exigeix que s'acrediti no només que el títol ha estat presentat sinó també que s'ha pagat l'impost, ja que la carta de pagament s'ha d'arxivar al Registre de la propietat (art. 256 LH).
4. El quart defecte és la insuficient identificació de les places d'aparcament que són objecte de contraprestació a la cessió del subsòl, que es fa per remissió a un annex i a un plànol entre els quals hi ha divergències.
5. El cinquè fa referència al termini per exercir el dret de subsòl, el qual no es determina directament sinó indirectament en relació a altres terminis, la qual cosa la DG estima suficient.
6. El sisè defecte és la manca de criteris de fixació de la quota de participació en la propietat horitzontal. La DG exigeix que al menys es fixi la quota que tindran els elements privatis nous, resultants de l'exercici del dret de subsòl, en relació a la total finca.
7. El setè defecte fa referència a la determinació de la finca sobre la qual es constitueix del dret de subsòl, ja que es tracta de dues finques que són entitats d'una propietat horitzontal, que sumen la totalitat de la propietat horitzontal i que es declara que seran objecte d'enderroc. La DG declara que la constitució del dret de subsòl s'inscriu a la finca matriu, és a dir, al full de la totalitat de l'edifici.
8. I el vuitè defecte es deu a l'existència d'una condició resolutòria que no està condicionada al pagament de la contraprestació, sinó al compliment d'altres obligacions. La DG diu que l'art. 6.2 de la Llei 23/2001, de 31 de desembre, permet que es pacti una condició resolutòria explícita per al supòsit de no realització de l'obra en les condicions, les característiques i els terminis d'execució estipulats. Ara bé, el fet que determina la condició pactada al document privat no és cap dels que enumera aquell precepte, i per això confirma també aquest defecte.

Comentari: En relació a la actuació de l'administrador el càrrec del qual no figura inscrit al Registre mercantil, vull fer constar que és la primera vegada que la DGDEJ es pronuncia sobre el tema i ho fa en contra de l'últim criteri de la DGRN que, en les dues darreres resolucions que va tractar aquest tema, totes dues de 13 de novembre de 2007, va declarar que no era necessària la inscripció en el Registre mercantil per què l'acte realitzat per l'administrador pogués inscriure's en el Registre de la propietat. L'argument de la DGRN és que l'art. 125 LSA disposa que "el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde su aceptación" i és a partir d'aquest moment quan té plenes facultats representatives i vincula a la societat amb



els seus actes; d'aquesta manera, diu la DGRN, l'incompliment de l'obligació d'inscriure cau fora de l'àmbit de qualificació del registrador de la propietat. En canvi, la DGDEJ considera, com he dit, que ha de prevaldre la presumpció d'exactitud dels assentaments registrals. Si m'hagués de definir, prefereixo el criteri de la DGRN, ja que considero que si l'acte és plenament vàlid i eficaç en el moment del seu atorgament, hauria de ser inscrit en el Registre de la propietat sense més requisits.

Per últim, també considero discutible que el títol no sigui inscribible si no s'ha pagat efectivament l'impost, sense que sigui suficient la presentació del títol a l'Administració tributària. Encara que l'art. 254.1 LH diu que no es practicarà la inscripció al Registre de la propietat si no s'ha pagat l'impost, aquesta norma s'ha d'interpretar teleològicament, ja que hi ha vegades que l'acte està subjecte a l'impost però aquest no es paga, per exemple si es demana l'exempció. I en

la interpretació d'aquesta norma podem considerar, seguint el criteri que la pròpia DG ha aplicat en la resolució abans comentada sobre la cèdula d'habitabilitat, que aquest precepte té caràcter instrumental i que en la seva interpretació ha de prevaldre la norma material, que es troba a l'art. 54.1 del TR de la Llei de l'ITPAJD que diu: "Ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en Oficina o Registro Público sin que se justifique el pago de la deuda tributaria a favor de la Administración Tributaria competente para exigirlo, conste declarada la exención por la misma, o, cuando menos, la presentación en ella del referido documento." En definitiva, és una norma que vol evitar l'ocultació a l'Administració tributària de determinats actes subjectes a l'impost; una vegada acreditat aquest coneixement, l'Administració ja té a la seva disposició mitjans legals suficients per què es faci efectiu el pagament, si correspon i en la forma que correspongui.

La Tercería de mejor derecho

NUEVO



Autora:

Clara Fernández Carrón

El objetivo que se ha perseguido con este estudio es el ofrecer al lector una exposición sistemática de los mecanismos de que disponen los acreedores de un deudor, aparentemente solvente, para obtener la satisfacción de su derecho de crédito en el marco de una ejecución singular, tras lo cual se ciñe el objeto de la investigación a la acción de tercería de mejor derecho, que es el mecanismo específico de que disponen los acreedores preferentes para hacer valer las llamadas «preferencias crediticias».

El estudio de esta institución procesal se aborda desde una doble perspectiva, teórica y práctica, que permite que el lector se familiarice no sólo con la tercería de mejor derecho y con las diferentes técnicas jurídicas

que refuerzan la tutela del crédito, sino también que conozca cuáles son los problemas específicos que se plantean en este ámbito y cómo los resuelven en la práctica los tribunales —en muchos casos de forma contradictoria—, lo que inevitablemente ha exigido el manejo de la cuantiosa y prolija jurisprudencia recaída en esta materia.

El trabajo incorpora las modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que entró en vigor el 4 de mayo de 2010, modificaciones que, por lo que respecta a la materia objeto de este estudio, son muy numerosas y de hondo calado.

Páginas: 756 • **Encuadernación:** Tapa dura • **ISBN:** 978-84-8126-687-0



Acte central de commemoració del 50 aniversari de la Compilació del Dret Civil de Catalunya



La conferència central va ser a càrrec de Robert Follia

El passat 21 de juliol va tenir lloc, dintre de la programació del Col·legi Notarial, l'acte central de commemoració del 50 aniversari de la Compilació del Dret Civil de Catalunya. El Col·legi va culminar, d'aquesta manera, la celebració d'aquesta destacada efemèride que s'ha celebrat, al llarg de tot l'any, a diverses ciutats catalanes. La inestimable aportació al text dels notaris més il·lustres de l'època, la tasca dels quals ha estat destacada tant per l'Administració com per les principals institucions jurídiques d'àmbit autonòmic i estatal, ha centrat novament l'atenció en la important contribució del notariat a un document la repercussió del qual va transcendir l'àmbit legal per endinsar-se en el social i constituir ja part de la història.

L'acte va comptar amb la presència de la consellera de Justícia, Montserrat Tura, i la presidenta del Tribunal Superior de Justícia, M. Eugènia Alegret, així com de nombrosos representants de la societat civil catalana. Va exercir de presentador el destacat periodista Josep Cuní, director del programa matinal de TV3 líder d'audiència a Catalunya, que va aportar la visió i repercussió social de l'esdeveniment.

Robert Follia, notari i exdegà del Col·legi, va ser l'encarregat de pronunciar la conferència "*Significat i importància de la Compilació*", en què va fer un ampli repàs a l'extens i ardu procés d'elaboració de la Compilació. Com a brillant continuador de la tasca iniciada per la generació de la Compilació, va remarcar que atesa l'època en què es va



publicar, va ser un text fonamental per a la conservació del dret català i en va permetre el desenvolupament posterior. Fent un breu repàs a la història, va exposar que, després de la Guerra Civil, el dret català estava totalment esmortit. Va ser en el Congrés de Saragossa de 1946 on es va començar a gestar el text, en una trobada que pretenia compilar les institucions forals o pròpies dels diversos territoris amb la finalitat d'aconseguir un Codi civil de caràcter general. Però el resultat va ser que les compilacions que es van redactar en aquell moment van quedar ja com a definitives. L'any 1947 es va crear una comissió, formada per 37 membres, encarregada de redactar l'avantprojecte de Compilació; un avantprojecte que, ja abans d'aprovar-se, va ser utilitzat pel Tribunal Suprem en la sentència de 23 de novembre de 1955, on assenyalava que *"tot i que encara no tingui rang de norma legal, marca una orientació legislativa autoritzada"*.

El text va passar a la Comissió de Codificació que, després de diverses sessions, el va modificar substancialment. Va ser llavors quan va passar a les Corts i es va crear una comissió a Catalunya, integrada entre altres pels notaris Porcioles, Roca Sastre, Faus Esteve i Figa Faura, els quals van introduir la majoria d'esmenes al text que va ser finalment aprovat el 21 de juliol de 1960. Arran de la publicació, es van publicar nombroses conferències i diversos llibres i es va començar a estudiar a la Universitat. Es va començar també a aplicar-se el dret català a les sentències de l'Audiència territorial de manera progressiva.

Finalment, Follià va concloure afirmant que *"l'èxit de la Compilació rau en el fet que es tracta d'un text ben fet, ben ordenat, redactat amb molt bona tècnica jurídica i amb un gran sentit pràctic, que conserva el més important i modifica allò que era necessari modificar, i aclareix moltíssim el sistema de fonts"*.

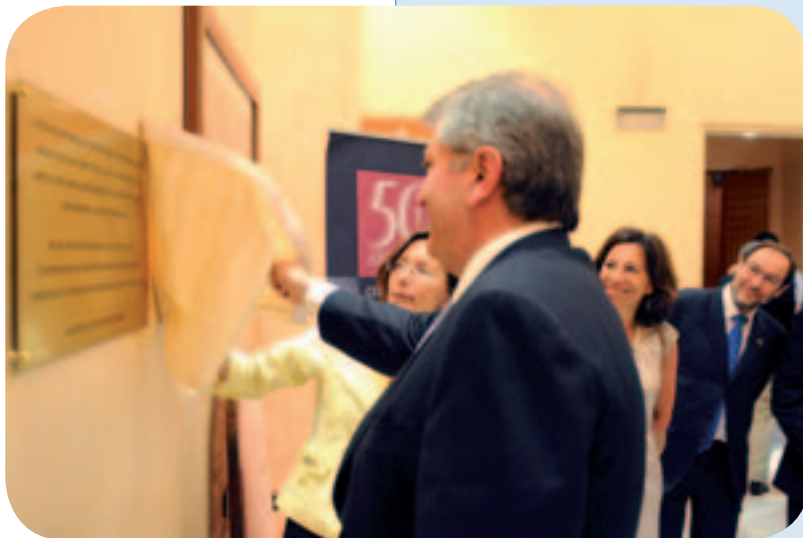
Per la seva part, Joan Carles Ollé, degà del Col·legi Notarial de Catalunya, va destacar *"l'extraordinària qualitat jurídica de la Compilació, redactada per una generació de juristes de primeríssim nivell"*. A més, va manifestar que *"és un dels moments més àlgids de la història de l'escola jurídica catalana"*, i va afirmar que *"aquest text va establir les bases del dret català modern"*. Va comentar que la implicació del notariat en la defensa i l'elaboració del dret civil català ha estat clau en diverses etapes de la història de Catalunya, tal com han destacat diversos autors, entre ells Jaume Vicens Vives i Johnn Elliot. Va voler recordar també la intervenció decisiva d'il·lustres representants de la comunitat jurídica com l'eminent civilista espanyol José Castán Tobeñas, que havia estat degà del Col·legi de Madrid, el president de la Junta de degans Eduardo López Pálop i el degà de Col·legi d'Advocats de Barcelona Francesc de Condomines, i posteriorment en la seva intervenció va aprofundir en els quatre notaris clau en la Compilació: Ramon Faus, Lluís Figa, José M. Porcioles i Ramon M. Roca Sastre, màxims artífexs d'aquesta obra col·lectiva. Finalment, va assegurar que en l'actual Codi civil de Catalunya *"es percep clarament encara l'esperit, i fins i tot el text, de la majoria de preceptes de la Compilació"*.

D'altra banda, Montserrat Tura, consellera de Justícia, va remarcar que aquest aniversari *"és una ocasió immillorable per referir-nos al passat d'on venim i al futur cap a on anem, i ens permet recordar el passat mil·lenari de la nostra història i de la de les nostres institucions, alhora que ens permet ser conscients del present i del futur del nostre dret, que està viu i ha estat sovint pioner"*.

Finalment, Josep Cuní va voler remarcar que *"aquesta professió, la dels notaris, sovint sobrepassa barreres i fronteres"*, i va destacar que aquesta celebració es produeix en un moment de la història *"que a més d'un li pot semblar que avui, aquesta fita aconseguida fa 50 anys, no seria possible"*. Es va mostrar crític amb la societat civil actual, a la qual va definir com *"més crítica però menys resolutiva; menys atemorida però més passiva"* i va fer referència a l'obra *"Homenots"* de Josep Pla, que recull la figura de Ramon Roca Sastre i José M. Porcioles.

L'èxit de la Compilació rau en el fet que es tracta d'un text ben fet, ben ordenat, redactat amb molt bona tècnica jurídica i amb un gran sentit pràctic

Vida corporativa



Montserrat Tura, consellera de Justícia, va descobrir la placa commemorativa del 50 aniversari



L'exposició va aplegar fons bibliogràfics i documentals sobre el procés de gestació, redacció, aprovació i repercussió immediata de la Compilació

Amb motiu del 50 aniversari de la Compilació del Dret Civil de Catalunya, el Col·legi, juntament amb el Col·legi d'Advocats de Barcelona i l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya van organitzar conjuntament una exposició amb fons bibliogràfics i documentals de les tres institucions que ha acompanyat els diferents actes que han tingut lloc en les respectives seus.

L'exposició ha pretès ser una mostra que expliqués, a través de les peces, el llarg procés de gestació, redacció, aprovació i immediata repercussió de la Compilació.

D'aquesta manera, a les seves vitrines es van recollir els textos de les successives propostes d'apèndixs que la comunitat jurídica catalana més destacada va elaborar tan aviat com es va aprovar el Codi civil espanyol i que van ser publicats per l'Acadèmia. O la publicació de les conferències sobre les varietats comarcals del dret civil català dels anys trenta. També va albergar l'exemplar que la Revista Jurídica de Catalunya va editar amb el Projecte de Compilació del Dret Civil de Catalunya, redactat per la Comissió especialment nomenada amb aquesta finalitat. Junt amb l'edició oficial de la Compilació aprovada, es van poder observar els valuosos comentaris que van redactar F. de A. Condomines i Ramon Faus, així com l'edició facsímil que el Col·legi va editar recentment.

Altres publicacions il·lustren la repercussió immediata que va tenir el nou text i la voluntat de la seva aplicació. Així es van exposar les edicions de les conferències que es van realitzar al Col·legi d'Advocats o els comentaris sorgits de la Universitat de Barcelona.

Pel que fa al fons documental, van destacar els expedients personals dels notaris Faus Esteve, Roca Sastre, Porcioles i Figa Faura, així com una breu però significativa còpia de l'Acta de la Junta de Govern de l'ICAB en què es nomena deu juristes i notaris destacats per tal que revisin el text del projecte de Compilació. Com a curiositat,

es van poder veure exposades les cartes creuades de Josep Lluís Sagarra i Josep M. Pons Guri sobre diferents aspectes de la Compilació.



Presentació de la nova etapa de LA NOTARIA

Presentada la nova etapa de LA NOTARIA

El passat 5 d'octubre va tenir lloc la presentació de la nova etapa de LA NOTARIA, la publicació oficial del Col·legi que, després de 152 anys d'història, ha estat i continua sent una revista de referència en l'àmbit jurídic no només de Catalunya, sinó també del conjunt d'Espanya. L'acte va comptar amb la presència de diversos degans i de molts notaris del Col·legi i d'altres col·legis, que es van desplaçar a Barcelona en mostra de simpatia i suport al nou projecte. La sessió va estar presidida pel subdirector general dels Registres i del Notariat, Iván Heredia, i va comptar amb les intervencions d'Ángel Serrano, director de la revista; Jacinto Gil Rodríguez, catedràtic de Dret Civil de la Universitat del País Basc; Ignacio Solís, degà del Col·legi de Notaris de Madrid; Joan Carles Ollé, degà del Col·legi Notarial de Catalunya, i el subdirector mateix.

En la seva intervenció, Ángel Serrano va destacar que *"LA NOTARIA pretén, ahora que conserva la tradició, adaptar-se als nous temps amb un format més àgil i amb la incorporació de noves tendències del moment actual."* A més, va destacar el fet que a partir d'ara es disposa d'una versió online, a la qual hi pot accedir tota la comunitat jurídica, així com l'interès per que es mantingui el nivell intel·lectual d'una revista jurídica científica, però que també tingui una visió pràctica. Així mateix, pel que fa a continguts va destacar que es potencien, especialment, les seccions de dret comparat i dret comunitari. Per últim va remarcar que s'ha incorporat el món universitari, implicant-lo en el consell editorial.

LA NOTARIA pretén, ahora que conserva la tradició, adaptar-se als nous temps amb un format més àgil i amb la incorporació de noves tendències del moment actual

Per la seva part, Jacinto Gil Rodríguez, catedràtic de la Universitat del País Basc, va reflexionar sobre el paper actual de la investigació a la Universitat, i va destacar que s'ha convertit *"en una ocupació i en una preocupació"* i reivindica el màxim nivell d'excel·lència que es pot exigir. A més, va destacar que per a la Universitat aquesta publicació constitueix *"una oportunitat"* i va recordar que per al notariat, la investigació constitueix *"no una obligació, sinó una devoció"* i va subratllar que *"la professió notarial sempre està present quan reflexionem sobre la investigació científica"*.

Ignacio Solís, degà del Col·legi Notarial de Madrid, va voler destacar l'excel·lent relació i sintonia entre tots dos col·legis, i va remarcar la important aportació del notariat català no només a la Compilació —de la qual aquest any se celebra el 50 aniversari— sinó també fora de l'àmbit estrictament català. A més, va remarcar la importància de la secció *"Tribuna"* i de les *"Notícies corporatives"* com a fòrums d'opinió en el nou format, des d'on poder tractar temes de la màxima actualitat.

Per la seva part, Joan Carles Ollé, degà del Col·legi, va destacar l'*"enorme responsabilitat que suposa aquesta nova etapa, seguint l'estela de tots aquells que amb el seu esforç han mantingut al llarg de la seva història el prestigi d'aquesta publicació"*. D'aquesta manera, va voler recordar els fundadors Joaquim Roca, Pere Martí i Félix Falguera, qui la va dirigir durant molts anys, i després fou recordat degà del Col·legi, i va destacar el fet que la revista va sorgir de la necessitat de participar activament en l'aprovació de la Llei del Notariat, en aquell moment encara no vigent. Així mateix, va destacar la recuperació d'informació corporativa, l'atenció preferent a l'àmbit europeu, la voluntat de convertir-la en una tribuna d'opinió, l'edició online i l'existència, per primera vegada, d'una doble edició, en català



Vida corporativa

i en castellà. També el compromís amb la llibertat i la pluralitat, l'obertura a altres zones d'Espanya i l'apropament al món universitari. Finalment, va remarcar que *"el context de crisi econòmica i de valors fa imprescindible canvis també en l'àmbit notarial, sempre sense desvirtuar-ne l'essència, i els propers anys seran claus. Es tracta d'adaptar-se per continuar oferint un servei públic essencial en un estat de dret"*. Per finalitzar, va agrair un cop més l'esforç de la Direcció General dels Registres i del Notariat per buscar el consens entre notaris i registradors, i va recordar que *"la gran assignatura pendent del notariat és la falta de mecanismes realment representatius a la cúpula, la qual cosa dificulta la connexió amb els problemes reals de la professió"*, va reivindicar la necessitat de reformar el Reglament Notarial, va reclamar la votació universal del president i del seu equip de govern, i va introduir elements democràtics i més mesures de control, en pro de la modernització de la professió.

Iván Heredia, subdirector general dels Registres i del Notariat, va ser l'encarregat de clausurar l'acte. Després de manifestar la seva satisfacció pel fet que *"una revista amb aquesta projecció continuï el seu camí amb nous reptes"*, va destacar que el col·lectiu notarial sempre ha estat molt directament vinculat a la investigació i la doctrina i va concloure manifestant que *"aquesta revista és una forma més de potenciar la seguretat jurídica preventiva, que manté sempre la voluntat integradora del Col·legi de Catalunya i constitueix un fòrum obert a tots els col·lectius i sempre guiat per criteris científics i de vocació de servei públic."*

Al llarg de la seva història s'han publicat més de 300 volums de LA NOTARIA i, tot i canviar la periodicitat, només va deixar de publicar-se entre 1938 i 1942 arran de la Guerra Civil. Així, al llarg de la història ha anat recollint la història del notariat de Catalunya i del conjunt d'Espanya, sempre tenint com a finalitat última la defensa de la institució notarial i del dret civil català i una aposta decidida per l'estudi i la investigació.

El Consell Editorial de LA NOTARIA està format per molt il·lustres companys i quinze prestigiosos catedràtics de les universitats catalanes i de la resta d'Espanya, que són: Esther Arroyo Amayuelas (U. de Barcelona), Luis Humberto Clavería Gozálbaz (U. de Sevilla), Joan Egea Fernández (U. Pompeu Fabra), Ignacio Farrando Miguel (U. Pompeu Fabra), Andrés Domínguez Luelmo (U. de Valladolid), Jacinto Gil Rodríguez (U. del País Basc), José Luis Linares Pineda (U. de Girona), Sergio Llebaría Samper (Esade-URL), Juan José Marín López (U. Castella-la Manxa), José María Miquel González (U. Autònoma de Madrid), Susana Navas Navarro (U. Autònoma de Barcelona), Pablo Salvador Coderch (U. Pompeu Fabra), Antonio Vaquer Aloy (U. de Lleida), Rafael Verdera Server (U. de València), Francisco Vicent Chuliá (U. de València).

Els notaris que formen part d'aquest Consell són: Robert Follià Camps, José Antonio García Vila, Ildefonso Sánchez Prat, Josep M. Valls Xufré i M. Ángeles Vallvé Ribera.



Seminari internacional sobre la revisió del Reglament Brussel·les I

Destaca l'important paper que exerceix el document notarial com a instrument jurídic europeu de control de legalitat, fruit del qual s'entén l'ampli desplegament de funcions que se li atribueixen al notari

El passat 21 d'octubre va tenir lloc al Col·legi un seminari internacional dedicat a analitzar el Reglament de Brussel·les I. A la inauguració, Francisco Garcimartín, catedràtic de la Universitat Rey Juan Carlos, coorganitzadora del seminari, va reivindicar la necessitat que la Universitat s'obri al món exterior i a altres institucions, així com *"la importància de ser actius, no només una vegada aprovats els textos, sinó també en el procés d'elaboració de les lleis"*. Així mateix, va destacar la rellevància d'organitzar actes amb col·laboració institucional, i va remarcar que *"ara que es revisa el Reglament és el moment de realitzar un seminari com aquest"*. Per la seva part, Iván Heredia, subdirector general dels Registres i del Notariat, que va substituir a la inauguració a la directora general dels Registres i del Notariat, María Ángeles Alcalá, que va excusar la seva presència perquè havia d'assistir a l'acte de la presa de possessió dels nous ministres el mateix dia, va remarcar *"el paper tremendament actiu del Col·legi de Notaris de Catalunya en la vessant corporativa i investigadora"* i va fer un breu repàs a la història mentre afirmava que *"el conveni de Brussel·les del 68 va posar en marxa el dret processal europeu, ambició per a la seva època; el model de Brussel·les el va millorar amb l'avui vigent Reglament 44/2001; però la comunitat ha anat més enllà i ara és el moment de plantejar on s'ha de portar aquest Reglament"*. Finalment, va assegurar estar *"convençut que les conclusions del seminari ajudaran en la correcta construcció i definició d'un espai europeu de llibertat, seguretat i justícia"*, tasca en què la Direcció General està plenament implicada. Per aquest motiu, va assegurar, estan treballant, fonamentalment, en el futur reglament de successions, i s'ha reprès la idea d'elaborar una llei jurídica internacional, en la línia de treballar amb la màxima coherència respecte a les normatives comunitàries.



D'esquerra a dreta, Alegria Borrás, Joan Carlos Ollé i Francisco J. Garcimartín

El seminari va comptar amb dues conferències centrals. La primera va anar a càrrec de Trevor H. Hartley, professor de la London's School of Economics, titulada *"Choice-of-Court Agreements and Brussels I Regulation"*. A continuació hi va haver una taula col·loqui que va reunir a Diana Sancho Villa, titular de la Universitat Rey Juan Carlos, que va comentar *"Reglament de Brussel·les I i Conveni de l'Haia sobre acords d'elecció de fòrum: supòsits d'aplicació"*; a Sara Sánchez Fernández, investigadora de la Universitat Rey Juan Carlos I, que va repassar *"Clàusules d'elecció de fòrum: danys i dret a indemnització"*; i a Jesús Gómez Taboada, notari de Tordera, que va versar sobre *"Aplicabilitat de les normes sobre competència judicial internacional en l'àmbit notarial"*.

La segona conferència va ser pronunciada per Alegria Borrás Rodríguez, catedràtica de la Universitat de Barcelona, i va versar sobre *"L'aplicació del Reglament a domiciliats de tercers estats"*. La taula posterior va comptar amb la participació d'Iván Heredia, que va analitzar *"Articles 6.1 i 6.2: problemes d'aplicació"*; Ana Crespo Hernández, de la Universitat Rey Juan Carlos, que va repassar *"Propostes per a la regulació del contracte de treball"*; Rafael Arenas García, catedràtic de la Universitat Autònoma de Barcelona, que es va centrar en *"La supressió de l'exequatur: problemes i solucions"*; i finalment Pedro Carrión García de Parada, notari de Reus, que va versar sobre *"Reconeixement i execució del document notarial en el marc del Reglament Brussel·les I"*.

La principal conclusió a què es va arribar en el marc d'aquest seminari va ser l'important paper que ha d'exercir el document notarial com a instrument jurídic europeu que garanteix el control de legalitat, fruit del qual és l'ampli desplegament de funcions que se li atribueixen al notari. D'aquesta manera, s'ha d'apostar per la circulació de documents,



Vida corporativa

entenent sempre d'aquells que es considerin autèntics, és a dir, aquells que ofereixen i mereixen plena confiança gràcies a la intervenció del notari. Va quedar clarament reflectida la importància, doncs, de la funció notarial com a garantia del control de legalitat per tal que un document pugui desplegar plens efectes, la qual cosa requereix, al seu torn, l'adopció de mesures de control i preventives.

La clausura va anar a càrrec del degà del Col·legi, Joan Carles Ollé, qui va remarcar que les noves necessitats existents —com el nou context internacional, l'ampliació de la Unió Europea, les migracions a gran escala o la internacionalització dels mercats— requereixen noves necessitats d'unificació i harmonització que suposin un pas més després del Reglament Brussel·les I. La dificultat està en aconseguir aquests objectius sense perdre seguretat jurídica. La meta final ha de ser *“fer compatibles i mantenir un equilibri adequat entre els dos grans principis de llibertat i seguretat”*. A més, va recordar que no es pot oblidar que existeixen normatives molt diferents que dificulten que el fons de cada document notarial sigui diferent en cada cas, motiu pel qual *“el debat ha llençat idees com ara l'existència d'un document autèntic complementari de validació i compliment final dels requisits per part del notari espanyol, per exemple.”* Per finalitzar, va afirmar que *“el notariat simpatitza amb aquests moviments de reforma, que sabem que són necessaris, i el desafiament és encertar el com i quins han de ser els límits, oferint sempre la màxima seguretat jurídica”*.

La jornada va finalitzar amb un important èxit del que ha estat una primera col·laboració entre la Universitat Rey Juan Carlos i el Col·legi Notarial de Catalunya en una matèria de tanta actualitat i projecció futura en el món acadèmic i notarial com és el dret internacional privat i els corresponents responsables presents a l'acte, el catedràtic Francisco Garcimartín i el degà del Col·legi de Catalunya Joan Carles Ollé, van manifestar la voluntat de reeditar-la en el futur.

Normes per a la publicació de treballs a *LA NOTARIA*

1. **CORRESPONDÈNCIA.** Els originals es remetran, en qualsevol cas, a: lanotaria@catalunya.notariado.org
La primera pàgina ha d'incloure *necessàriament* el títol, el nom complet de l'autor, les dades de contacte, una direcció de correu electrònic i, lliurement, altres circumstàncies identificadores en un màxim de tres mitges línies (alineades al marge dret).
2. **REMISSIÓ I FORMAT.** Cal enviar l'original per correu electrònic i *necessàriament* en format Word (de forma excepcional i prèvia autorització, caldrà enviar-lo en format convertible).
3. **EXTENSIÓ DELS TREBALLS:** Els treballs han de ser *originals*, sense que s'hagin publicat amb anterioritat ni en paper ni en qualsevol altre format. L'acceptació s'entendrà revocada automàticament si es publiquen en l'interim, excepte de forma excepcional i prèvia autorització, en idiomes que no siguin els de treball de la revista o en formats no habituals.
 - *Els articles doctrinals* han de tenir una extensió d'unes 30 cares de foli (inclosos les notes, les conclusions, la bibliografia i els annexos), en *Times New Roman* 12, espai senzill i amb notes a peu de pàgina en *Times New Roman* 10.
 - *Els articles pràctics* no han de superar les 10/15 cares de foli.
 - *Els comentaris de sentències o resolucions*, unes 5 cares de foli, sempre amb divisió en els corresponents epígrafs i subepígrafs.
4. **ACEPTACIÓ.** La redacció de la revista acusarà recepció, mitjançant correu electrònic, dels treballs que li arribin i els passarà a *informe confidencial*. El resultat dels informes es comunicarà als interessats (en el termini de temps més breu possible, d'acord amb les normes habituals) i només podrà ser un dels següents:
 - L'acceptació del treball i el número en què es publicarà.
 - L'acceptació sempre que s'adapti l'extensió o la presentació del treball.
 - La no acceptació del treball.
5. **PUBLICACIÓ.** S'indicarà el número de la revista on es publicaran els treballs acceptats, llevat que, per circumstàncies excepcionals, s'hagi de posposar. En aquest cas, es comunicarà amb l'antelació suficient.
6. **NORMES D'EDICIÓ.** Cal remetre *necessàriament* els *articles doctrinals* en català o castellà (l'autor ha d'acceptar la traducció a l'una o altra llengua, atès el caràcter bilingüe de l'edició de *La Notaria*; en el cas d'altres llengües, serà necessària una autorització). A més, els articles han de tenir un apartat bibliogràfic, que no serà necessari en els articles pràctics o en els comentaris de sentències o resolucions.
 - *No pot utilitzar-se negreta* (excepte en el epígraf o subepígraf) ni subratllat en cap cas.
 - *Notes a peu de pàgina.* Les notes s'han de numerar mitjançant caràcters aràbics, en format superíndex i ordre ascendent.
 - *Cites.* Les cites estan subjectes a les regles habituals, segons es tracti d'un llibre, un article de revista, un article en una obra col·lectiva, Internet o revistes electròniques. Cal indicar els cognoms en majúscules i no és necessari el nom tret que pugui haver-hi confusió. Els possibles canvis o comentaris de les cites literals s'han d'indicar entre claudàtors.

www.colnotcat.es

Ja pots consultar la revista **La Notaria**
i el **Butlletí mensual en línia**.

Entra a www.colnotcat.es i accedeix a
la secció **Publicacions**.

Així de fàcil, així de còmode, així de ràpid.

Recorda que els notaris també poden consultar
ambdues publicacions des de la intranet col·legial.

